


A. PER
Libraire ·
IMPORTATEUR
LIBRAIRIE DE DROIT
23 RUE ST.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

Bruxelles. — Typ. BRUYLANT-CHRISTOPHE ET Cie.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

TOME PREMIER.

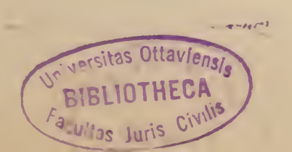
(Art. 1 à 710.)



BRUXELLES.
BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cᵉ, ÉDITEURS,
RUE BLAES, 33

PARIS.
LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,
RUE SOUFFLOT, 20.

1881



PRÉFACE.

DE L'IMPORTANCE DES PRINCIPES ET DE LA NÉCESSITÉ DE RÉDUIRE L'ENSEIGNEMENT DU DROIT A UN COURS ÉLÉMENTAIRE.

§ I.

LES PRINCIPES, C'EST TOUT LE DROIT.

J'ai publié, sous le titre de *Principes de droit civil,* un grand ouvrage en trente-deux volumes, plus un volume de Tables. J'expose ces mêmes principes dans un cours élémentaire qui n'a que quatre volumes. D'où vient cette énorme différence dans l'étendue de deux livres qui ont le même objet? Dans les *Principes de droit civil,* j'ai dû discuter les opinions des auteurs et les décisions rendues par les cours et tribunaux sur des questions où les principes reçoivent leur application : d'ordinaire j'ai dû combattre la doctrine et la jurisprudence qui méconnaissent les principes, qui parfois semblent les ignorer. Je n'entends pas rabaisser les jurisconsultes que je me suis permis de critiquer, bien moins encore ai-je la prétention de les surpasser ou même de les égaler. Parmi les auteurs que je combats, se trouve Merlin, que je proclame à toute occasion le plus grand des jurisconsultes

modernes. Quant à la jurisprudence, ce serait folie que d'en contester l'autorité. Sur quoi porte donc ma critique, et pourquoi ai-je osé entreprendre une œuvre que Toullier, Duranton, Troplong et Demolombe paraissaient avoir achevée, sans parler de l'excellent ouvrage de Zachariæ, commenté par deux jurisconsultes éminents, MM. Aubry et Rau? C'est qu'un enseignement de plus de quarante ans m'a donné la profonde conviction que les interprètes du code sont engagés dans une fausse voie : ils négligent le texte de la loi, ou s'en écartent à tout instant, pour rechercher ce qu'ils appellent l'esprit de la loi, que les uns croient trouver dans la tradition, les autres dans les travaux préparatoires, d'autres encore dans l'équité naturelle, et, en définitive, ce prétendu esprit de la loi n'est autre chose que l'opinion individuelle de chaque interprète. Faut-il s'étonner de l'incertitude de notre science, et du nombre croissant des controverses? Cependant le législateur a codifié le droit pour mettre fin à l'incertitude funeste qui régnait dans l'ancienne jurisprudence. Comment se fait-il que l'incertitude ait reparu et qu'elle devienne plus grande que jamais, à ce point que rien ne paraît stable dans une science qui devrait avoir la stabilité des sciences exactes, puisqu'elle repose sur des textes authentiques? C'est que les interprètes ont oublié qu'il y a un texte qui les lie, dont ils sont les esclaves. J'ai écrit trente-deux volumes pour le leur rappeler. On me permettra de transcrire ce qu'un critique trop bienveillant a dit de mon ouvrage. On lit dans le Bulletin bibliographique du *Journal du Palais :* « M. Laurent continue à interpréter notre « code civil d'après une méthode qui est bien ancienne et dont « il a pourtant fait une nouveauté par la constance et la fidélité « scrupuleuse avec lesquelles il l'applique, à savoir le respect du « texte de la loi. La réputation du savant professeur belge se répand « en France; son autorité grandit. Il était impossible que, dans un « pays attaché comme le nôtre au principe de la codification, un « ouvrage conçu dans cette tendance, d'ailleurs admirablement

« comprise et observée, n'eût pas de succès. Devant un texte « clair, l'auteur s'incline et n'écoute pas la tradition qui serait « contraire; devant l'ambiguïté et le silence, seulement, il cherche « l'esprit de la loi, il consulte le passé. Nous le répétons, ses « règles d'interprétation sont simples et approuvées de tous; « personne ne songe à contester leur valeur. Cependant l'auteur « a su imprimer à son œuvre un caractère d'originalité par la « manière ferme, nette et carrée dont il assoit ses doctrines sur « le texte législatif soigneusement analysé. »

Je serais heureux que mon système d'interprétation fût aussi généralement approuvé que semble le croire le rédacteur du *Journal du Palais*. Le respect du texte, que je prêche à chaque page de mon livre, trouve bien des contradicteurs. Je citerai, dans cette préface, les paroles d'un jurisconsulte que son talent et sa science ont élevé à la présidence de la cour de cassation : Troplong témoigne un vrai dédain à ceux qui s'attachent servilement à la lettre de la loi. Il est certain que ce n'est pas le respect du texte qui règne dans la doctrine et dans la jurisprudence; les auteurs et les arrêts aiment à s'abriter sous l'esprit de la loi, parce que l'esprit de la loi est chose plus ou moins vague et douteuse, ce qui permet aux interprètes d'introduire dans le code leurs opinions individuelles, comme si elles étaient l'expression de la pensée du législateur. Il m'a toujours semblé que la source du mal, car mal il y a, est dans la fausse idée que les interprètes se font de leur droit et de leur mission. Nos codes procèdent du passé, et les légistes aussi sont attachés, par la nature de leurs études, à une tradition qui remonte jusqu'à Rome. Quoi de plus naturel que de croire que leur mission est encore aujourd'hui ce qu'elle a toujours été? Grande est cependant la différence, à cet égard, entre les anciens jurisconsultes et les jurisconsultes modernes. A Rome, le droit était essentiellement coutumier; il se formait et se développait par les réponses des jurisconsultes; leurs écrits finirent par être insérés, à titre de lois, dans la com-

pilation de Justinien. Le Digeste n'eut jamais force de loi en France; dans les pays de coutume, le droit romain était observé comme raison écrite, mais les jurisconsultes ne se faisaient aucun scrupule de s'en écarter, quand les subtilités romaines étaient en opposition avec l'équité coutumière; même dans les pays de droit écrit, les lois romaines avaient un caractère coutumier, ce qui permettait aux interprètes de les modifier. De là les libres allures de Pothier, dans les traités dont le fond est romain; mais le grand jurisconsulte corrige, à chaque pas, ce que les lois romaines ont de trop rigoureux, de trop subtil, par l'équité qui inspire nos coutumes. Pothier était donc législateur : sur chaque question qu'il discute, il demande ce que dit la subtilité du droit, et ce que veut l'équité; il en résulte un droit nouveau, transformé; c'est ce droit qui est entré dans nos codes. Domat procède de la même manière. Nos anciens auteurs faisaient donc le droit : en ce sens, ils étaient législateurs.

En est-il encore de même sous l'empire de nos codes? A entendre le langage de nos auteurs et leurs décisions, on se croirait toujours à Rome, ou dans nos anciens pays de coutume. Ouvrez le cours analytique de *Demante,* un de nos bons auteurs : à chaque page, vous lirez : Je dis, je crois, je décide. On se demande si c'est un professeur qui parle ou un législateur. C'est plutôt un législateur; car il établit des distinctions, il crée des exceptions, il bâtit des théories, comme s'il était un de ces jurisconsultes romains qui, comme le dit Savigny, étaient les organes du droit populaire (1). Non, ils ne le sont plus. Pourquoi l'Assemblée constituante a-t-elle placé la codification parmi les bienfaits dont le nouveau régime promettait de doter la France? C'est à raison de l'incertitude du droit qui est inhérente aux coutumes : le droit se faisait sans cesse, et il se faisait par chaque auteur, par chaque tribunal, de sorte que trop souvent il était insaisissable. Il est inutile d'insister sur les graves incon-

(1) Voyez un exemple dans le t. X de mes *Principes*, n° 145.

vénients qui en résultaient; ils sont notoires et palpables. La codification avait pour objet d'y porter remède. Les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète, celui-ci n'a plus pour mission de faire le droit, le droit est fait. Plus d'incertitude; le droit est écrit dans des textes authentiques. Mais pour que les codes présentent cet avantage, il faut que les auteurs et les magistrats acceptent leur nouvelle position, j'allais dire qu'ils doivent s'y résigner. Toutefois on aurait tort d'y voir une espèce d'abdication et une déchéance. Un adversaire décidé de la codification française, Savigny, le célèbre professeur de Berlin, dit que les codes fixent le droit à l'état où il se trouve au moment où on le codifie; il en conclut que codifier le droit c'est l'immobiliser, et le priver des améliorations successives qu'y apporterait le travail libre de la science. La critique est injuste, aussi ne l'a-t-on pas écoutée; l'Allemagne a conservé les codes français, et ils régissent encore maintenant les provinces du Rhin; puis les Allemands se sont mis eux-mêmes à codifier. Il n'est pas vrai que le rôle des jurisconsultes se trouve abaissé; seulement ils ne doivent plus avoir l'ambition de faire le droit, en l'enseignant ou en l'appliquant, leur unique mission consiste à l'interpréter. Rien ne les empêche du reste de travailler au perfectionnement de la science; ils peuvent et ils doivent signaler les lacunes, les imperfections, les défauts de la législation qu'ils sont appelés à enseigner ou à appliquer. Mais le travail de législation ne se fait plus par eux, il se fait par le pouvoir législatif. La conséquence est évidente : en faisant le droit, les auteurs et les magistrats usurperaient le pouvoir que la nation souveraine a investi de cette attribution.

La doctrine et la jurisprudence sont-elles restées fidèles au rôle nouveau que leur fait la codification? Non; dans mon long travail sur les *Principes de droit civil*, j'ai constaté, à chaque page, pour ainsi dire, que les auteurs et les magistrats procèdent, comme s'ils étaient les successeurs d'Ulpien et de Pothier : ils font la loi, au lieu de se contenter de l'interpréter. Le mal est

grand et il importe d'y apporter un remède. D'abord l'incertitude du droit subsiste, comme s'il n'y avait pas de codes : résultat inévitable là où chaque jurisconsulte se fait législateur. J'ai signalé cette incertitude dans mes *Principes de droit civil*, et j'y reviendrai dans cette préface. Les auteurs se plaignent que tout est controversé et incertain, et ceux qui sont obligés de recourir à la justice ont encore plus de raison de s'en plaindre; car la justice ne leur offre plus la garantie que le législateur a voulu leur donner en rendant impossible l'arbitraire du juge. J'ai entendu dire : Où est le mal, si la loi, telle que la jurisprudence l'interprète, est meilleure que celle que le législateur a voulu faire? Je réponds qu'il y a une grave erreur dans cette supposition. Le droit fait par le juge, quand même il serait meilleur que celui que le code a consacré, ne donne jamais aux justiciables la garantie que Bacon trouvait si précieuse, celle d'un droit stable qui enchaîne le juge et ne laisse rien à son arbitraire. La codification a un avantage immense, c'est que les parties savent par quelle loi ils seront jugés. Que devient ce bienfait s'il dépend de chaque juge de se faire législateur? Le droit de l'un ne sera pas le droit de l'autre, et le droit d'aujourd'hui ne sera plus celui de demain. Nous avons été témoins de plus d'une de ces brusques révolutions dans la jurisprudence; elles ne laissent aucune sécurité aux citoyens. Ils agissent, ils contractent, en se conformant à une jurisprudence qui paraît constante; ils sont trompés et, partant, lésés quand cette jurisprudence change, et ils ne peuvent jamais savoir si elle ne changera pas.

J'ai supposé que le droit, tel que le juge le fait, pouvait être meilleur que la loi qu'il devrait appliquer. Cette supposition est une fiction. Le juge sera toujours un très-mauvais législateur : il usurpe un pouvoir qu'il n'a ni qualité ni capacité d'exercer. Il est appelé à statuer sur des intérêts particuliers, pour mieux dire, il doit déterminer quel est le droit des parties en cause. Le juge ne peut donc pas disposer dans un intérêt général; quoi qu'il fasse,

il est enchaîné dans les limites étroites du débat. Il n'a donc pas cette liberté d'action, cette indépendance d'appréciation qui sont nécessaires au législateur. C'est dire que le juge est forcément conduit à faire de mauvaises lois. Tout en faisant de mauvaises lois, il donne aux citoyens un exemple plus mauvais encore : lui qui est le gardien de la loi, il leur apprend à se mettre au-dessus de la loi, à l'éluder, ce qui veut dire la violer. Que deviendra le respect de la loi? Et que deviennent les sociétés où le respect de la loi n'existe plus?

On me demandera : Où est le remède au mal? Quand on veut guérir une maladie, il ne faut pas attendre qu'elle soit enracinée. J'ai écrit trente-deux volumes pour ramener aux vrais principes la science et la pratique du droit. Est-ce à dire que je nourris l'espoir que la jurisprudence et la doctrine vont changer à ma voix? Je n'ai pas cette outrecuidance. Les praticiens continueront à faire ce qu'ils ont fait; et si on leur oppose mes *Principes*, ils diront (cela a été dit) que j'ai pris à tâche de contredire tout le monde, et qu'ils préfèrent s'en tenir à la tradition. J'avoue qu'en commençant à écrire, je n'ai pas même pensé à la pratique; je voulais donner à mes élèves et aux jeunes avocats, en général, un guide pour poursuivre leurs études au sortir de l'université. D'instinct, je m'adressai aux jeunes générations, et non aux hommes faits, dont le pli est pris. Mais pour que les études se poursuivent dans la voie que j'ai tracée, il faut que les premières leçons soient données dans le même esprit. L'influence de l'enseignement universitaire est plus grande qu'on ne le croit. Rien n'est tenace comme les premières impressions que reçoit l'intelligence, à un âge où l'élève est encore une cire molle que le maître habile pétrit à sa guise. Je puis me citer comme exemple. C'est dans les excellentes leçons des frères Ernst, à l'université de Liége, que j'ai été imbu de ce respect de la loi, que je prêche à mon tour comme professeur et comme écrivain. Voilà le remède au mal, que je cherche. Enseigner aux jeunes générations les principes dans toute leur

simplicité, en même temps que le respect le plus absolu de la loi, tel est mon but. Quand il y a une innovation à introduire, il faut toujours s'adresser aux générations naissantes : à un certain âge, on y répugne. Je voudrais donc, c'est une grande ambition, que l'enseignement du droit fût donné dans l'esprit que je viens de dire : les principes avec les motifs qui les justifient, et comme règle d'interprétation, le respect de la loi. Car c'est dans la loi que les principes ont leur fondement ; ils ne sont autre chose que les dispositions du code, ou les règles qui en découlent. Tel est l'objet de cette préface : je terminerai par la méthode que je me permets de recommander, comme fruit d'un enseignement de plus de quarante ans. Le livre que je publie sous le titre de *Cours élémentaire de droit civil* servira de base à l'enseignement, tel que je le conçois. Quant à mes *Principes de droit civil,* ils contiennent les témoignages à l'appui de mon système et la réponse aux objections, ainsi que la critique des opinions contraires.

§ II.

LE TEXTE ET L'ESPRIT DE LA LOI.

Je prêche le respect de la loi. Il faut donc voir, avant tout, quelle est l'autorité qui s'attache au texte. On demande d'ordinaire si le texte doit l'emporter sur l'esprit de la loi, ou si l'esprit l'emporte sur le texte. La question est mal posée, et c'est peut-être pour cela que l'on est tenté de répondre, en termes absolus, que l'esprit doit toujours prévaloir sur la lettre. Non, le débat n'est point entre une interprétation rationnelle et une interprétation dite judaïque. On ne doit jamais séparer l'esprit de la loi de son texte, en ce sens que le texte et l'esprit ne sont pas deux choses différentes, c'est une seule et même chose, la volonté du législateur. Comment connaissons-nous cette volonté? Lui-même a pris soin de nous la dire, dans un texte authentique, le plus solennel des actes : le texte est donc la manifestation de la volonté

nationale, déclarée par l'organe de la nation souveraine. Ainsi le texte est le véritable esprit de la loi, tel que le législateur lui-même l'a formulé. Donc, il faut s'en tenir au texte, parce qu'il nous révèle d'une manière certaine ce que le législateur veut, c'est-à-dire l'esprit de la loi.

Dira-t-on que le texte peut ne pas être l'expression de la volonté du législateur? Sans doute, mais c'est à celui qui fait cette allégation d'en administrer la preuve. Il a, en effet, contre lui toutes les probabilités. Le travail législatif est l'œuvre la plus importante qui se fasse au sein d'une nation : la législation est l'expression de la souveraineté nationale. Voilà pourquoi les formes les plus solennelles y président. Les lois ne s'improvisent pas, elles sont lentement préparées, d'ordinaire par une commission d'hommes spéciaux, qui discutent et arrêtent le fond et la forme. Une nouvelle discussion s'ouvre, dans les sections de la chambre, ou au sein d'une commission parlementaire; ce sont toujours des hommes spéciaux qui se livrent à ces travaux préparatoires, où l'on soumet à un examen détaillé les dispositions du projet et quant à la forme et quant au fond. Enfin le débat public donne de nouveau occasion de corriger la rédaction. D'après notre constitution, ce travail se renouvelle au sénat, dans le sein d'une commission spéciale, et dans la discussion publique. Quant au code civil, il a été préparé par une commission d'hommes éminents, puis soumis aux cours d'appel et à la cour de cassation, après cela refondu par la section de législation du conseil d'Etat, discuté article par article en séance générale du conseil; enfin communiqué au Tribunat, où une commission spéciale revoyait le projet avec le plus grand soin, surtout en ce qui concerne la rédaction. Nous le demandons : est-il possible que la loi si laborieusement rédigée n'exprime pas la vraie pensée du législateur? La rédaction du code civil notamment a toujours passé pour un chef-d'œuvre. Il est vrai que les œuvres les plus parfaites ont leurs imperfections, puisque ce sont des êtres imparfaits qui en sont les auteurs. Tou-

jours est-il que les articles mal rédigés sont rares, et plus rares encore les dispositions qui n'expriment pas la vraie pensée du législateur : c'est tout au plus si l'on en trouve une ou deux. Il est certain que s'il était prouvé qu'une loi est en opposition avec la volonté du législateur, il faudrait laisser là le texte, pour s'en tenir à ce que les auteurs de la loi ont voulu.

Là n'est pas la difficulté. La plupart des lois sont claires et les articles du code civil surtout brillent par leur clarté. Si la loi est claire, le texte nous fait connaître par cela même la volonté du législateur, ou l'esprit de la loi. Ce n'est pas à dire que l'on puisse et que l'on doive s'en tenir à la lettre de la loi pour l'interpréter. L'interprétation de la loi n'est pas chose facile ; il se peut que la lettre de la loi ait une signification parfaitement claire, et que néanmoins le sens n'en soit pas clair pour celui qui la lit. Toute loi a besoin d'être interprétée, expliquée : c'est l'œuvre de la science. Voilà pourquoi il y a un enseignement du droit, et une littérature juridique, que l'on appelle doctrine quand elle est l'œuvre des écrivains, et jurisprudence quand l'interprétation émane des tribunaux. Jusqu'ici il n'y a pas lieu d'opposer l'esprit de la loi à la lettre, puisque l'esprit de la loi n'est invoqué que pour rendre la loi plus claire.

Quand le conflit naît-il et pourquoi est-il si fréquent, qu'il donne lieu à des systèmes d'interprétation tout différents, l'un donnant la préférence au texte, l'autre à l'esprit de la loi ? Il y a opposition entre la lettre et l'esprit quand le sens littéral est clair, et que néanmoins on se prévaut de l'esprit de la loi pour lui faire dire autre chose que ce que dit le texte. On n'a qu'à ouvrir au hasard une des nombreuses pages des trente-deux volumes de mes *Principes de droit civil* pour rencontrer ce conflit, et presque toujours il se vide aux dépens du texte de la loi, les auteurs et les tribunaux donnant la préférence, sous une forme ou l'autre, à ce qu'ils appellent l'esprit de la loi. Je dirai à l'instant ce que c'est que ce prétendu esprit de la loi auquel on

sacrifie le texte. Avant tout, je conteste aux interprètes le droit de s'écarter du texte clair et formel, en se fondant sur l'esprit de la loi. Qu'est-ce que le texte, et qu'est-ce que l'esprit? Le texte est l'expression authentique de la volonté du législateur; quand le texte est clair, il se confond avec l'esprit de la loi, c'est l'esprit de la loi déclaré par le législateur lui-même. Peut-on opposer à l'esprit de la loi, authentiquement connu, un autre esprit de la loi, qui contredirait la volonté que le législateur a manifestée? Cela est absurde. Et quel est le prétendu esprit que l'on veut mettre à la place d'une volonté certaine? Rien n'est plus vague et plus incertain. En effet, où puise-t-on l'esprit de la loi que l'on oppose au texte? C'est ou dans les travaux préparatoires ou dans la tradition. Les travaux préparatoires nous apprennent ce que le législateur a voulu; et nous savons ce qu'il veut, puisqu'il l'a dit, on le suppose, clairement et sans doute aucun. Il est donc impossible que les travaux préparatoires disent autre chose que le texte; et s'ils disent autre chose, on doit les écarter, car on ne peut pas alléguer une volonté incertaine contre une volonté certaine; et la volonté qui se manifeste dans les travaux préparatoires est essentiellement incertaine; notamment en ce qui concerne le code civil, on trouve dans les discussions du conseil d'Etat tout ce que l'on veut y chercher; aussi arrive-t-il régulièrement que les opinions les plus opposées s'appuient sur ce qui a été dit au conseil d'État. Est-ce la tradition que l'on invoque pour interpréter la loi? La tradition est encore plus incertaine que les travaux préparatoires, car la tradition est un droit coutumier, insaisissable puisqu'il n'est pas écrit. Ainsi la situation est celle-ci : on est en présence d'un texte qui exprime clairement la volonté des auteurs de la loi, ce que l'on peut appeler, à bon droit, l'esprit authentique de la loi : c'est la certitude absolue. Et à la place de la certitude, on veut mettre une volonté vague, douteuse, c'est-à-dire l'incertitude. N'ai-je pas raison de dire que cela est absurde? L'absurdité est telle, que l'on se demande com-

ment cette étrange interprétation a trouvé faveur dans la doctrine et dans la jurisprudence. C'est que le prétendu esprit de la loi est, en réalité, l'esprit de l'interprète; le sens que présente le texte ne lui convient pas, il croit que la loi, entendue dans sa signification littérale, est contraire à l'équité, qu'elle est contraire aux vrais principes, tels que lui-même les entend; il cherche à lui donner un autre sens, et c'est le cas de dire que qui cherche trouve; dans les travaux préparatoires et dans la tradition, on trouve tout ce que l'on veut. Voilà comment on aboutit à faire dire à la loi, non ce que le législateur a voulu, mais ce que l'interprète veut. Mettre l'esprit de la loi au-dessus du texte, c'est, en définitive, faire une loi nouvelle. L'interprète se fait législateur. A-t-il ce droit-là?

C'est une de ces questions dont on dit que les poser c'est les résoudre. Tout le monde est d'accord. Je vais citer mes témoignages, en commençant par celui des auteurs mêmes du code civil. La commission nommée par le premier consul pour préparer un projet de code civil avait rédigé un livre préliminaire qui présentait, avec une admirable précision, les principes généraux sur les lois. On y lit cette règle d'interpétation : « Quand une loi est claire, il ne faut pas en *éluder* la *lettre*, sous le *prétexte* d'en *pénétrer l'esprit*. » Chaque mot de cet article mérite notre attention. On suppose que la loi est claire : dès lors elle doit être appliquée dans le sens littéral, grammatical qu'elle présente. Peut-on, dans ce cas, invoquer l'esprit de la loi contre le texte? Non, ce serait *éluder* la loi, c'est-à-dire la violer, en faisant dire au législateur autre chose que ce qu'il a dit. Et comment l'interprète parvient-il à mettre sa volonté au-dessus de la volonté du législateur? Directement il ne l'oserait point; il cherche à faire sournoisement ce qu'il ne lui est pas permis de faire ouvertement. Il fait appel à l'*esprit de la loi :* est-ce que l'esprit ne doit pas l'emporter sur la *lettre?* Ne prenez pas au sérieux les interprètesqui tiennent ce langage, c'est un *prétexte* dont ils couvrent leur audacieuse

entreprise : ils se font législateurs; le code civil n'est pas de leur goût, ils en font un autre.

La voie même à laquelle ils recourent témoigne contre eux; ils n'oseraient pas avouer leur but, et quand la question se présente, et qu'il faut répondre sans ambages, ils n'hésitent pas à dire ce qu'ont dit les membres de la commission, Tronchet, Portalis, Bigot-Préameneu et Maleville. Il est bon de constater le fait : c'est l'aveu des coupables. J'ai dit que Demante, un de nos bons auteurs, parle habituellement comme s'il était législateur; mais il n'ose pas toujours procéder ainsi. L'article 766 porte que, en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel, les biens qu'il en avait reçus passent aux *frères ou sœurs légitimes;* les autres biens sont dévolus aux *frères et sœurs naturels* et à *leurs descendants ;* la loi ne parle pas des *descendants* des *frères ou sœurs légitimes*. N'est-ce pas un oubli, et l'*esprit de la loi* ne commande-t-il pas que le retour profite aux descendants des frères et sœurs légitimes, puisque le droit de retour est établi dans l'intérêt de la famille légitime? Demante en convient; il regrette de ne pas pouvoir interpréter ainsi l'article 766; mais le texte ne le permet pas : étendre le droit de retour aux descendants légitimes, c'est ajouter à la loi, et dans une matière exceptionnelle, cela ne se peut. D'autres auteurs font ce que Demante n'a pas osé faire, en invoquant l'esprit de la loi, les travaux préparatoires, ce qui revient à dire qu'ils mettent leur opinion à la place de la volonté du législateur (1). Dans cette même matière du droit de retour, la loi donne à l'adoptant le droit de succéder aux descendants du donataire (art. 351) : peut-on étendre ce droit à l'ascendant donateur? Non, si l'on s'en tient au texte et aux principes. La jurisprudence le décide ainsi; Vazeille lui reproche de sacrifier l'esprit au texte. Ecoutons la réponse de Chabot, ancien membre du Tribunat, et un de nos meilleurs jurisconsultes :

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. IX, n° 175.

« Il est du devoir de l'interprète de se renfermer rigoureusement dans le texte de la loi, au lieu de substituer à une disposition précise une intention présumée, qui peut n'être pas l'intention véritable du législateur. » (*Principes*, t. IX, n° 173.)

La cour de cassation s'est toujours prononcée pour le respect de la loi, ce qui va presque sans dire, puisque sa mission est de la faire respecter. Elle a dit, avec les auteurs du code, que lorsqu'une loi est claire, sans obscurité ni équivoque, le juge doit, quelque graves que soient les *considérations* qu'on peut lui opposer, l'appliquer telle qu'elle est écrite. Le pourvoi, dit un autre arrêt, n'oppose au texte que des *considérations;* or, les termes de la loi ne présentent ni doute ni obscurité; donc il faut s'en tenir au texte, des *considérations,* quelque graves qu'elles soient, ne pouvant jamais l'emporter sur le texte de la loi. Ce qui engage parfois les interprètes à s'écarter de la loi, c'est qu'elle leur paraît mauvaise; la cour suprême répond que la réforme des lois appartient au législateur et non à l'interprète ; les juges ne peuvent pas s'écarter du sens littéral, sous prétexte de rechercher l'esprit de la loi ou de la rendre plus parfaite (1). La cour n'a pas hésité à appliquer ces principes, en restant fidèle à la loi, dans des cas où, au dire des meilleurs auteurs, l'interprétation littérale conduit à des conséquences absurdes. Aubry et Rau ont reproché à la cour de cassation d'abuser du texte de la loi, contre l'intention bien évidente du législateur, et cela pour aboutir à un système qui n'a pas une ombre de raison. J'ai répondu, dans des termes qui auront scandalisé ceux qui aiment à invoquer l'esprit de la loi : « La loi fût-elle mille fois absurde, encore faudrait-il s'en tenir à la lettre, parce que le texte est clair et formel ». (*Principes*, t. IX, n°s 119-122.)

L'accusation d'absurdité ne m'effraye point : elle signifie que les auteurs trouvent absurde ce que la loi dit. C'est une opi-

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes de droit civil*, t. I, p. 346, n° 273; t. XV, p. 404, n° 365.

nion, une *considération,* dit la cour de cassation : d'autres pourront trouver que la loi est juste. La jurisprudence applique à la lettre l'article 766, aux termes duquel les biens de l'enfant naturel sont dévolus à ses frères et sœurs, en cas de prédécès des *père et mère.* Les auteurs critiquent ces décisions avec une véritable aigreur. Duranton traite de *frivoles* les motifs donnés par la cour de Riom : ces motifs sont puisés dans le texte, qui se sert de la conjonctive *et;* les auteurs altèrent le texte, en remplaçant le mot *et* par la disjonctive *ou.* Ainsi la plus forte de toutes les raisons, un texte clair et formel, est qualifiée de *frivole,* et pour la trouver frivole on est obligé d'altérer le texte ! L'*esprit de la loi* le veut ainsi, dit-on ; on appelle *induction judaïque* l'interprétation littérale que la cour de Paris venait de consacrer, à la suite des cours de Dijon et de Riom. J'ai répondu que ce n'est pas faire une *induction*, quand le texte parle, et personne n'a le droit de traiter les lois de *judaïques.* Et où va-t-on chercher l'esprit de la loi ? Dans la règle *paterna paternis,* que le code a abrogée ! Les reproches d'absurdité et d'immoralité sont tout aussi peu fondés, comme on peut le voir dans mes *Principes* (t. IX, nº 180).

Le même auteur, M. Pont, conseiller à la cour de cassation, se plaint du *matérialisme* que l'on met dans l'interprétation du code civil, en restant attaché à la lettre de la loi. L'article 768 permet au père de l'enfant naturel de réduire sa portion héréditaire, à condition qu'il ait reçu cette part ; or il ne peut la *recevoir* qu'en l'*acceptant*, donc en *consentant.* Chabot l'a dit. C'est du *matérialisme*, dit-on, et il faudrait avant tout consulter l'*esprit de la loi.* Quel est cet esprit ? Le pouvoir absolu du père, qui a le droit de ne pas reconnaître l'enfant naturel. Soit, mais il l'a reconnu, et il veut réduire sa part héréditaire ; il s'agit de savoir comment il le fera. Qu'est-ce que le *pouvoir absolu* a à faire ici ? La loi tient compte des droits de l'enfant ; voilà pourquoi elle veut une donation, partant un arrangement de famille. Qu'est-ce que M. Pont met à la place de cet *acte?* Une *disposition testamentaire*

anticipée dans son exécution. Ainsi, un *testament* exécuté du *vivant* du *testateur*, et devenant *irrévocable* par cette *exécution!* Voilà une idée que l'on peut qualifier à bon droit d'hérésie juridique. Si c'est à cela qu'aboutit l'*esprit de la loi*, je préfère le *texte*. (T. IX, n° 134.)

Troplong aime à critiquer le système d'interprétation qui s'appuie sur la lettre de la loi : il le qualifie de *formaliste* et de *matérialiste*. Je reviendrai sur ces reproches, et je prouverai que Troplong en mérite de bien plus graves. Quoi qu'il en soit, le *respect du texte* que j'enseigne et que j'observe n'est pas le *matérialisme*, ni le *culte* de la *lettre*. Je ne sépare jamais le texte de l'esprit de la loi, et je commence toujours par exposer les motifs des principes établis par le code; c'est en ce sens que je dis que les principes, c'est tout le droit, et qu'il n'y a point de principes sans motifs. Voilà le vrai esprit de la loi. Le reproche de *matérialisme* et d'interprétation *judaïque* serait mérité si l'on s'en tenait à la lettre, sans consulter les motifs qui l'expliquent et qui la font comprendre (*Principes*, t. XI, p. 413). Il serait encore mérité si l'on appliquait *mécaniquement* les principes ou les adages traditionnels qui servent à interpréter la loi. Je reviendrai sur cette interprétation *mécanique*. Si l'esprit de la loi ne doit jamais être séparé du texte, il en est surtout ainsi quand la loi présente quelque obscurité. La clarté évidente est plus rare qu'on ne le croit. Dès qu'il y a plus d'une interprétation possible, on ne peut plus dire que l'on doit s'en tenir à la lettre, il faut voir, avant tout, ce que la lettre signifie; c'est le cas de recourir à l'esprit de la loi, pour qu'il nous apprenne ce que le législateur a voulu dire. On peut lire dans mon livre (*Principes*, t. XV, n° 365) une application intéressante de ce principe : je combats la cour de cassation qui reste attachée à la lettre du code parce que, selon elle, la loi est claire. A mon avis, le texte permet une autre interprétation; il y a donc doute, et le doute ne peut être éclairci que par l'esprit de la loi.

Quand la loi est *claire*, comme le suppose le *Livre préliminaire* du code civil, alors il faut s'y tenir; si l'on s'en écarte, en invoquant l'esprit de la loi, on remplace une loi certaine par une loi incertaine. De là d'inévitables controverses, et des erreurs tout aussi inévitables. Que de fois j'ai été dans le cas de dire, en écrivant les nombreux volumes de mes *Principes*, qu'il y aurait moins de questions controversées si les interprètes avaient plus de respect pour le texte! Je me borne ici à citer quelques exemples. Les envoyés en possession provisoire sont de simples administrateurs ; la loi dit que leur possession n'est qu'un *dépôt*. Cela n'a pas empêché les auteurs, même Merlin, d'imaginer une théorie toute différente et certainement extralégale. Merlin prétend que les envoyés sont *propriétaires*, sous la condition résolutoire du retour de l'absent; Demolombe les assimile à des *possesseurs de bonne foi*. C'est dire le contraire de ce que dit la loi. Un *dépositaire* n'est certes pas *propriétaire*. Quant à la *possession de bonne foi*, il suffit de lire la définition que l'article 550 en donne, pour se convaincre qu'il y a erreur à l'attribuer aux envoyés provisoires. Est possesseur de bonne foi celui qui possède *comme propriétaire*, en vertu d'un *titre translatif de propriété* dont il *ignore les vices*. Où est le *titre translatif de propriété* en vertu duquel les envoyés possèdent? Leur seul *titre*, c'est le jugement qui les envoie en possession provisoire, et cette possession, dit la loi, n'est qu'un dépôt. N'ai-je pas raison d'ajouter que l'on éviterait bien des controverses et des erreurs si l'on s'en tenait au texte du code? (*Principes*, t. II, n° 190.)

Ce sont les interprètes qui créent les difficultés en s'écartant du texte. L'article 1167 donne aux créanciers l'action paulienne contre les actes que le débiteur fait en fraude de leurs droits; le second alinéa ajoute que les créanciers doivent néanmoins, quant aux droits énoncés au titre des *Successions*, se conformer aux règles qui y sont prescrites. Cette restriction concerne l'article 882 : pour éviter que le partage ne fasse fraude à leurs droits,

les copartageants peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence; s'il est procédé au partage sans eux, ils peuvent l'attaquer par cela seul qu'il leur porte préjudice; mais s'ils ne forment pas opposition, ils n'ont plus le droit d'attaquer le partage pour cause de fraude. Néanmoins la cour de Gand a décidé que les créanciers conservaient l'action paulienne; c'est effacer le deuxième alinéa de l'article 1167: l'interprète n'a pas ce droit. La jurisprudence française de même que la doctrine sont divisées. Ces dissentiments ne se seraient jamais produits si les auteurs et les tribunaux avaient plus de respect pour le texte de la loi. (*Principes*, t. X, nº 538.)

Les auteurs et les tribunaux aiment à invoquer l'esprit de la loi, trop souvent pour s'écarter d'un texte clair et formel. Où puisent-ils ce qu'ils appellent l'esprit de la loi? Dans les travaux préparatoires et dans la tradition. Je vais prouver que rien n'est plus incertain que la tradition et les travaux préparatoires, tandis que le texte, quand il est clair, nous fait connaître d'une manière authentique la volonté du législateur. De sorte qu'en opposant l'esprit de la loi au texte, la doctrine et la jurisprudence aboutissent à cette conséquence absurde : qu'elles mettent l'esprit de la loi au-dessus de la volonté certaine du législateur.

§ III.

LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES.

1. *De l'autorité des travaux préparatoires.*

En apparence, les travaux préparatoires sont le commentaire authentique de la loi, puisque c'est le législateur lui-même qui nous apprend ce qu'il veut; en réalité, ces travaux nous font seulement assister à l'élaboration de la loi, ils ne sont pas l'œuvre du législateur, mais de ceux qui ont contribué à faire la loi. Le texte seul a une autorité légale. Tout ce qui a été dit pendant

que la loi s'élaborait n'est pas la loi, et on ne peut s'en prévaloir pour ajouter au texte, ou pour le modifier en quoi que ce soit, car ce ne sont que des opinions individuelles de ceux qui ont concouru à faire la loi. Il en est ainsi sous le régime de notre Constitution. L'Exposé des motifs est l'œuvre de celui qui a préparé le projet de loi; il a une autorité doctrinale très-grande quand l'auteur du projet est un jurisconsulte éminent, mais ce n'est qu'une autorité de raison. Dira-t-on que les chambres en votant le projet approuvent implicitement les motifs qui ont été donnés pour le justifier? Non, car les chambres votent et adoptent la loi, elles ne votent pas l'Exposé des motifs, et ne l'approuvent pas. Il en est de même des rapports faits par les commissions parlementaires ou par les sections centrales. A plus forte raison en est-il ainsi des discours prononcés pendant la discussion, quand même les explications émaneraient du rapporteur et du ministre, et quand même ils déclareraient qu'ils sont d'accord sur le sens qu'il faut donner au projet, comme cela se fait assez souvent; si l'on veut que ces explications aient force de loi, il faut les écrire dans la loi. C'est le texte, en définitive, qui seul a une autorité légale.

Les travaux préparatoires du code civil ont encore moins d'autorité. En effet, le Corps législatif, appelé à voter la loi, ne la discutait point. La discussion avait lieu au conseil d'Etat; le procès-verbal que le secrétaire en dressait était communiqué au Corps législatif, il entendait les discours de l'orateur du gouvernement, les discours et les rapports des orateurs du Tribunat, mais il ne votait pas sur ces documents, les membres pouvaient ne pas lire les procès-verbaux, ni écouter les discours; l'Exposé des motifs et les discours n'ont donc aucune force légale; ils expriment la pensée de l'orateur et non celle du Corps législatif. Le rapporteur du Tribunat était seul l'organe d'une commission : les observations de cette commission et le travail du rapporteur sont des éléments importants que l'on doit consulter

sans doute; mais toujours est-il que ce n'est pas la loi; ils ont une autorité de raison, ils n'ont pas une autorité légale.

On se tromperait grandement si l'on transportait dans la loi ce qui a été dit dans les travaux préparatoires. Merlin en a fait l'aveu. L'article 313 permet au mari de désavouer l'enfant sous certaines conditions, dont l'une est l'adultère de sa femme. On demande si le mari doit faire la preuve préalable de l'adultère, avant d'être reçu à alléguer les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant. Le Tribunat paraît avoir entendu l'article en ce sens, ainsi que l'orateur du gouvernement. Entraîné par leur autorité, Merlin soutint ce système devant la cour de cassation, mais sans succès; il rétracta ensuite son opinion qui répugnait, dit-il, à sa conviction personnelle. C'était attacher aux travaux préparatoires une autorité excessive; le texte seul oblige, notre raison doit s'y soumettre, mais nous conservons notre entière liberté en face des opinions émises par ceux qui ont pris part à la discussion. Or, le texte ne dit pas ce que les orateurs du gouvernement et du Tribunat lui faisaient dire: cela est décisif (*Principes*, t. VIII, n° 374).

Il en est de même des discussions qui ont eu lieu au conseil d'Etat. Je vais en citer un exemple remarquable. L'article 135 porte : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu *dont l'existence ne sera pas reconnue*, devra prouver que ledit individu existait lorsque le droit a été ouvert. » Ce principe s'applique-t-il à la présomption d'absence? Maleville soutient la négative; c'est une erreur, de l'aveu de tout le monde. Cependant Maleville est un des auteurs du projet de code civil; il assista aux délibérations du conseil d'Etat sur l'article 135, il y parla : on croirait que lui, mieux que qui que ce soit, doit connaître l'esprit de la loi. Qu'est-ce qui l'a trompé? La discussion à laquelle il prit part. On faisait une objection contre le principe que l'article 135 a consacré. Quoi! dit-on, il suffira qu'une personne quitte son domicile pour que dès le lendemain on l'écarte d'une succession

comme présumée absente! C'était oublier ce que c'est que la présomption d'absence. Non, il ne suffit pas que les cohéritiers de l'absent contestent son existence pour qu'il y ait présomption d'absence : c'est le tribunal qui décidera, et il n'admettra la présomption d'absence que s'il y a réellement incertitude et doute sur la vie de celui qui a disparu sans donner de ses nouvelles (*Principes*, t. II, n° 253).

On voit combien il est dangereux de transporter dans le code tout ce qui s'est dit dans le cours de la discussion préparatoire. Un orateur fait une objection, plausible en apparence, il se trompe; cette erreur va-t-elle acquérir force de loi? Sans doute, il faut consulter les travaux préparatoires; ils nous font connaître l'esprit de la loi, mais à une condition, c'est qu'ils ne soient pas en opposition avec le texte; or, dans l'espèce, le texte ne laissait aucun doute sur le sens de la loi, et le conseil d'Etat ne tint aucun compte de l'objection; le texte resta ce qu'il était. Que faisait Maleville en s'emparant de la discussion pour interpréter le texte? Il mettait une opinion erronée au-dessus de la loi.

II. *Les discussions du conseil d'Etat.*

On a parfois jugé trop sévèrement les discussions du conseil d'Etat. Si l'on en croyait Savigny, ce serait un bavardage sans rime ni raison. C'est une injustice. Nous devons le code civil aux travaux du conseil d'Etat, et je doute fort que les Allemands fassent jamais un code aussi parfait, malgré ses imperfections. Il est vrai que les membres du conseil d'Etat n'étaient pas des hommes de théorie. A mon avis, il faut s'en féliciter; le droit est une face de la vie, et les théoriciens, le plus souvent, ne tiennent aucun compte des exigences de la vie réelle, parce qu'ils les ignorent. Il est vrai encore que les discussions, telles qu'elles se trouvent dans les procès-verbaux publiés par Locré, sont très-confuses. Cela tient peut-être à ce qu'il n'y avait pas de sténo-

graphe pour recueillir les discours : il sera arrivé ce qui arrive dans les assemblées où les paroles des orateurs sont résumées par des secrétaires ou par des journalistes qui, trop souvent, ne comprennent pas la discussion. De là ce vague et cette incohérence qui troublent le lecteur et qui ne sont pas faits pour l'éclairer. Dupin, dans un de ses réquisitoires, a parfaitement caractérisé les discussions, telles qu'elles nous ont été transmises. « Ce sont, dit-il, des opinions échangées entre des législateurs qui mettent en avant ou en réplique les idées qui leur viennent instantanément. Dans ces conversations dialoguées, on les voit tour à tour émettre brusquement une idée que bientôt après ils abandonnent, ramenés qu'ils sont par les objections d'autrui : c'est un va-et-vient perpétuel, en sens souvent très-divers. » Que faire au milieu de ces opinions contradictoires? « Il faut, dit Dupin, s'attacher aux résultats, et non pas à tel ou tel fragment qui nous a plu davantage. Il s'agit de démêler l'opinion qui a définitivement prévalu et qui se traduit en un *texte de loi, auquel,* en fin de cause, *tout le monde doit déférer* (1). » Ce n'est pas ainsi que les auteurs procèdent. Ils prennent, comme Dupin l'insinue, dans la discussion ce qui leur plaît, c'est-à-dire, ce qui vient à l'appui de leur opinion ; et comme, dans le cours de la discussion, les avis les plus contraires se font jour, il en résulte que les systèmes les plus opposés trouvent un appui dans les travaux préparatoires. J'en ai cité bien des exemples dans le cours de mes *Principes de droit civil* (t. XV, n° 350). De là des controverses sans fin ; tous les jours il s'en produit de nouvelles, et régulièrement, on les appuie sur les travaux préparatoires. Je ne connais qu'un moyen de les prévenir ou de les décider, c'est le sage conseil de Dupin : laisser là des dires qui n'ont pas passé dans la loi, et s'en tenir au texte. La loi l'emporte sur tout ce qui a été dit dans les travaux préparatoires, alors même que le

(1) Dupin, Réquisitoire (Dalloz, 1862, 1, 155).

conseil d'Etat aurait adopté la proposition d'un de ses membres; si le texte n'a pas été modifié, on n'en peut tenir aucun compte; la loi et rien que la loi, telle doit être la règle invariable de l'interprète. C'est l'avis de Zachariæ (*Principes*, t. I, n° 275) (1).

Il y a peu de questions plus controversées que celle de savoir si la possession d'état peut servir de preuve pour établir la filiation naturelle. Quand on s'en tient au texte, il n'y a pas l'ombre d'un doute. En traitant des preuves de la filiation naturelle, le code ne mentionne pas la possession d'état. Le silence de la loi est décisif : peut-il y avoir une preuve *légale* sans *loi?* Cependant Proudhon et à sa suite beaucoup d'auteurs admettent la possession d'état comme preuve, et il y a de nombreux arrêts en faveur de cette opinion. On invoque la discussion du conseil d'Etat. Le projet de la commission portait que la possession d'état forme un commencement de preuve qui rend la preuve testimoniale recevable. Cette disposition ne fut pas adoptée par le conseil d'Etat. Qu'en faut-il conclure? Proudhon cite ces paroles de Portalis : « Il est absurde de présenter la possession constante comme un simple *commencement de preuve,* puisque cette *possession* est la plus *naturelle* et la plus *complète* de *toutes les preuves*. » Il faut donc, dit-on, tenir pour certain que l'enfant naturel est *très-légalement* reconnu quand il jouit de la possession d'état. Je demanderai de nouveau s'il peut y avoir une reconnaissance *légale* sans *loi*. Tout ce qu'on peut induire des paroles de Portalis, c'est qu'il y avait de bonnes raisons pour admettre la possession comme preuve complète de la filiation naturelle, aussi bien que de la filiation légitime. Mais Portalis ne fit aucune proposition en ce sens; le conseil n'eut donc pas à délibérer, bien moins encore prit-il une décision quelconque. En définitive, il y a silence de la loi, ce qui est décisif. Proudhon a transformé en loi l'opinion de Portalis, et les membres du conseil n'étaient pas même législateurs (*Principes*, t. IV, n° 13).

(1) Voyez un exemple dans mes *Principes de droit civil*, t. III, n° 59.

J'ai dit que les membres du conseil d'Etat n'étaient pas des théoriciens; il en est résulté qu'ils se sont trompés sur des questions qui tiennent à la théorie plus qu'à la pratique (1). Une loi promulguée, mais non publiée, peut-elle être exécutée? Question oiseuse, qu'il faut décider négativement, puisque la loi, quoique ayant un caractère authentique par la promulgation, n'est pas encore obligatoire. Portalis et Cambacérès ont dit le contraire, et le ministre de la justice a ajouté que telle était la jurisprudence. Il n'en est rien. Merlin a discuté tous les cas qui peuvent se présenter, et il ne trouve qu'une seule hypothèse où les citoyens puissent se prévaloir d'une loi promulguée, c'est quand elle est purement d'intérêt privé. Telles sont les lois qui régissent les contrats. Il va sans dire que les parties contractantes peuvent s'approprier les dispositions d'une loi promulguée, et même d'un simple projet de loi, puisqu'elles peuvent faire ce qu'elles veulent; elles sont liées, non par une loi qui n'existe pas ou n'est pas obligatoire, mais par leur volonté (*Principes*, t. I, n° 27).

Je laisse de côté d'autres erreurs que j'ai signalées dans mes *Principes de droit civil*, pour m'arrêter sur une question de législation d'une grande importance, celle de savoir si la veuve doit être héritière de son mari. Dans les pays de droit écrit, on admettait la quarte du conjoint pauvre; les coutumes donnaient à la veuve l'ancien douaire germanique. Lors de la discussion, Maleville appela l'attention du conseil sur la lacune du projet. Treilhard, le rapporteur de la section de législation, répondit que l'article 747 accordait à l'époux survivant l'usufruit du tiers des biens. C'est une erreur palpable; cet article ne parle pas même du conjoint survivant; il donne à la mère, héritière de son enfant, l'usufruit du tiers des biens dévolus à la ligne collatérale. Cependant le conseil, y compris Maleville, se contenta de cette réponse. Ainsi, c'est à l'incroyable légèreté de Treilhard qu'il faut rapporter l'exclusion

(1) Comparez les tergiversations du conseil d'Etat sur la question de savoir s'il faut être héritier pour avoir droit à la réserve (*Principes*, t. XII, n° 14).

de l'époux survivant, alors que celui-ci devrait avoir la première part dans la succession de son conjoint, s'il était vrai, comme on le dit, que le système du code est basé sur l'affection présumée du défunt (*Principes*, t. IX, n° 155) (1).

La discussion est parfois obscure, confuse : ce qui arrive dans toute assemblée délibérante quand des orateurs qui ne sont pas suffisamment préparés se mêlent aux débats. Aux termes de l'article 800, le successible ne peut plus se porter héritier bénéficiaire, si un jugement l'a condamné en qualité d'héritier pur et simple. A l'égard de qui ce jugement a-t-il effet? L'article 1351 répond : Entre ceux qui ont été parties en cause. C'est le principe élémentaire de la chose jugée, et l'article 800 n'y déroge certes pas, puisqu'il ne fait que l'appliquer. Néanmoins il y a controverse. A l'appui de l'opinion contraire, on invoque la discussion; on l'invoque aussi pour l'opinion que j'ai soutenue. Voilà l'incertitude des travaux préparatoires, et elle est inévitable. Pourquoi discute-t-on? Parce que l'on n'est pas d'accord; il y a donc nécessairement des opinions diverses. Que faire? S'en tenir au texte et aux principes. Dans l'espèce, il y eut un vote du conseil d'Etat. Le projet consacrait formellement le principe de la chose jugée. Les membres du conseil parlèrent pour et contre. Berlier dit que la disposition était inutile, puisqu'elle ne faisait que reproduire l'article 1351, ce qui est très-vrai. Le procès-verbal porte: L'article est retranché. Pourquoi retranché? On ne le dit pas; mais le discours de Berlier nous l'apprend : comme inutile. Le vote, en tout cas, peut s'interpréter ainsi. Et cette interprétation doit être admise, parce qu'elle concilie le texte avec les principes (*Principes*, t. IX, n° 391).

Parfois la discussion est tellement obscure que l'on ne sait pas même sur quoi le conseil a discuté, et encore moins ce qu'il a voulu décider (*Principes*, t. XXI, n° 248). Si je constate le fait,

(1) Comparez la discussion sur la *transcription*. La publicité abolie, on ne sait par qui ni comment (*Principes*, t. XXIX, n°s 28 et 29).

ce n'est pas pour en faire un reproche aux membres du conseil d'Etat; car il se peut que le procès-verbal soit inexact ou incomplet; les travaux de Locré laissent beaucoup à désirer sous le rapport de la forme. Mais je demande quelle autorité on peut attacher à des débats tellement obscurs que les interprètes peuvent leur donner tel sens qu'ils veulent?

III. *Les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat.*

Ces discours ont moins d'importance que les discussions du conseil d'Etat. J'en ai dit la raison; œuvre individuelle, ils n'ont qu'une autorité doctrinale : le discours vaut ce que vaut l'orateur. Toullier a une médiocre estime pour les tribuns; on sent qu'il ne les aime point. Il a tort : les travaux du Tribunat sont très-sérieux : il suffit de citer les noms de Chabot, de Tarrible, de Jaubert, de Duveyrier. Portalis, à qui l'on accorde d'ordinaire la palme, est un académicien des sciences morales plutôt qu'un jurisconsulte. La plupart des orateurs pèchent par une certaine emphase; il faut la leur pardonner; ils avaient conservé le ton des assemblées révolutionnaires. On excuse le langage emporté quand c'est la Convention nationale qui parle; les hommes de 1793 étaient des géants, en comparaison desquels nous sommes des pygmées : toutefois, qu'il me soit permis de dire que les actes n'auraient pas perdu de leur grandeur, si les paroles avaient été simples et sévères. Si je parle de la boursouflure des orateurs du gouvernement et du Tribunat, c'est pour mettre les jeunes générations en garde contre la phraséologie. Il y a tel auteur qui se complaît dans ses phrases et s'enivre de ses paroles; puis, il croit qu'il a donné des motifs, tandis qu'il n'a dit que des mots et des paroles : *verba et voces*. Se contenter de paroles en guise de raisons, est le plus détestable des défauts chez des jurisconsultes.

Il y a un autre reproche à faire aux orateurs qui ont exposé

les motifs du code civil, c'est que les erreurs abondent dans leurs discours. L'une de ces erreurs a acquis une espèce de célébrité. Aux termes de l'article 2259, la prescription *court* pendant les trois mois pour faire inventaire. Bigot-Préameneu, en exposant les motifs de la loi, lui fait dire que la prescription ne *court point* (*Principes*, t. XXXII, n° 70). Je ne lui en fais pas un crime; il n'y a guère d'auteur chez lequel on ne rencontre un de ces oublis qui attestent l'imperfection humaine. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat ont une excuse que les auteurs ne peuvent pas invoquer. Ils étaient obligés de travailler avec une extrême rapidité, le premier consul le voulait ainsi; or, les œuvres de droit ne s'improvisent point; avant de se mettre à écrire, il faut avoir longuement médité : sous le régime de Napoléon, c'était chose impossible. Cela explique les erreurs, mais l'excuse diminue aussi singulièrement l'autorité des travaux préparatoires. Il faut nous y arrêter un moment, parce que les écrivains modernes abusent de ces travaux pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit.

J'ai relevé une légèreté de Treilhard, impardonnable, et qui a eu pour conséquence d'exclure l'époux survivant de l'hérédité délaissée par son conjoint. Ailleurs il corrige la loi, tout en croyant qu'il en expose les motifs. L'article 2029 détermine les conditions de solvabilité de la caution; il porte que l'on n'a aucun égard aux immeubles dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation. Cela est très-vague; l'orateur du gouvernement dit dans son discours : « Nous avons établi pour règle que la caution devait présenter des biens dans le ressort du tribunal d'appel où elle doit être donnée. » C'est une erreur évidente. Treilhard applique à la *situation* des *immeubles* ce que l'article 2018 dit du *domicile* de la *caution*. Encore une légèreté (*Principes*, t. XXVIII, n° 192).

Voici une erreur de Portalis; elle justifie l'appréciation que j'ai faite de cet homme, éminent dans le droit public, comme négo-

ciateur du concordat, et comme rapporteur des lois organiques, mais médiocre jurisconsulte. L'article 197 permet à l'enfant d'établir sa filiation légitime par une double possession d'état, celle de ses père et mère et la sienne. On demande comment il prouvera sa possession d'état. La réponse est écrite dans l'article 321. Portalis dit, au contraire, qu'il suffit que l'enfant produise son acte de naissance, s'il y est qualifié d'enfant légitime : « Cet acte est le titre des enfants. C'est dans le moment de cet acte que la patrie les a marqués du sceau de ses promesses ; c'est sous la foi de cet acte qu'ils ont toujours existé dans le monde; c'est avec cet acte qu'ils peuvent se produire et se faire reconnaître. C'est cet acte qui constate leur nom, leur origine, leur famille ; c'est cet acte qui leur donne une cité, et qui les met sous la protection des lois de leur pays... Leur destinée est irrévocablement fixée par l'acte inscrit dans les registres que la loi elle-même a établis pour constater l'état des citoyens, et pour devenir, pour ainsi dire, dans l'ordre civil, l'ordre des destinées. » Ces développements académiques étaient inutiles, et il faut ajouter qu'ils sont inexacts. Merlin dit qu'il a de la peine à croire que Portalis ait professé cette doctrine à la tribune du Corps législatif; il suppose qu'il y a eu une erreur qui s'expliquerait par la cécité presque complète de l'orateur. Mais la pensée est trop longuement développée, pour qu'on puisse l'attribuer à une méprise (*Principes,* t. III, n° 12).

Les observations faites par la section de législation du Tribunat sont généralement exactes. Il lui est cependant arrivé de se tromper sur le sens de diverses dispositions du code civil; la section les confond, bien qu'elles aient un objet différent. Je crois avoir établi l'erreur d'une manière certaine, en expliquant l'article 1952; pour ne pas entrer dans de trop longs détails, je renvoie aux *Principes de droit civil* (t. XXVII, n° 157). Cependant la plupart des auteurs s'en rapportent aux *Observations* du Tribunat, sauf que chacun d'eux les interprète à sa guise. Est-ce que, par

hasard, l'erreur deviendrait une vérité, parce que l'erreur est professée par le Tribunat?

Parfois les orateurs du gouvernement et du Tribunat sont d'accord pour se tromper. L'article 315 porte que « la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée ». Cela veut, dire dans l'opinion commune, que l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, est, à la vérité, illégitime, mais que le législateur n'a pas voulu le déclarer tel; il a abandonné ce soin aux parties intéressées; si elles le demandent, l'enfant devra être rejeté de la famille. Ce n'est pas ainsi que Bigot-Préameneu et Lahary interprètent la loi; ils disent que le mot *pourra* signifie que les juges ont le pouvoir de déclarer l'enfant légitime, si les circonstances prouvent que la grossesse a duré plus de trois cents jours. On prétend que la loi ainsi entendue est plus juste et plus morale : elle donne aux tribunaux un droit d'appréciation, disons le mot, elle les investit d'un pouvoir arbitraire. Que dira-t-on d'un arrêt du parlement de Paris qui, pour ménager l'honneur d'une noble famille, déclara légitime un enfant dont une grande dame était accouchée dix-huit mois après la mort de son mari? Les auteurs du code ont voulu mettre fin à de pareils scandales (*Principes*, t. III, n°s 386 et 387).

Les orateurs du gouvernement et du Tribunat se trompent parfois sur des points fondamentaux. L'article 1138 consacre une des grandes innovations du code civil : il n'exige plus la tradition pour la translation de la propriété; la convention, c'est-à-dire la volonté de l'homme suffit. On dirait que les auteurs du code n'avaient pas une conscience claire de ce qu'ils faisaient. Le texte est si obscur, qu'il est à peine intelligible, et si l'on consulte les travaux préparatoires, l'obscurité se convertit en ténèbres. Bigot-Préameneu faisait partie de la commission chargée par le premier consul de préparer un projet de code civil, il a été le rapporteur de la section de législation du conseil d'Etat,

enfin il a exposé, devant le Corps législatif, les motifs du titre des *Obligations*. Ne devait-il pas connaître l'esprit de la loi qui est presque son ouvrage? Eh bien, il ne dit pas un mot de l'innovation. On croirait qu'il s'agit d'expliquer un principe qui a toujours existé. Et l'explication est fausse d'un bout à l'autre. L'orateur parle d'un *consentement* qui rend *parfaite* l'*obligation* de *livrer la chose*. Cela n'a aucun sens. La *délivrance* est un *fait* : est-ce que le *consentement* peut faire qu'il y ait un *fait?* Puis Bigot-Préameneu confond, de même que le code civil, la question des *risques* avec la question de la *translation de la propriété;* de ce que le créancier est devenu propriétaire, l'orateur conclut qu'il doit supporter le risque de la chose, conclusion fausse et qui, en tout cas, ne nous apprend pas pourquoi le créancier devient propriétaire sans tradition, tandis que, dans l'ancien droit, il fallait la tradition pour le rendre propriétaire. Bugnet, dans ses notes sur Pothier, dit qu'il est difficile d'accumuler plus d'erreurs en aussi peu de mots ; il reproche à Bigot-Préameneu d'ignorer les éléments du droit. Le rapporteur du Tribunat, Favard, ne se doute pas non plus qu'il s'agisse d'une innovation ; il proclame comme un axiome que l'obligation de livrer la chose rend le créancier propriétaire, du moment que le consentement a formé le contrat. Comment l'*obligation* peut-elle transférer la propriété, alors que l'obligation n'a qu'un seul effet, celui de donner au créancier une action contre le débiteur? Favard en conclut que les risques sont pour le créancier, puis il dit que ces principes ont été de tout temps admis parmi nous. Erreur en droit, erreur en histoire, ce qui excuse les dures paroles de Bugnet : « Voilà un pauvre légiste et un mauvais historien » (*Principes*, t. XVI, n° 356).

IV. *De l'abus que l'on fait des travaux préparatoires.*

Marcadé reproche aux anciens interprètes du code civil d'avoir négligé les travaux préparatoires. Cela n'est pas exact. J'ai dit que Merlin s'est trompé par la confiance trop grande qu'il leur

accordait. Toullier combat les tribuns parce qu'il ne les aime point; Duranton transcrit de longs extraits des discussions qui eurent lieu au conseil d'Etat. Ce qui est vrai, c'est que les premiers interprètes ont cherché dans les travaux préparatoires des lumières pour expliquer le texte; tandis que les nouveaux interprètes les citent pour faire dire au code autre chose que ce qu'il dit. Je dirai plus loin que les interprètes modernes sont entrés dans une très-fausse voie; ils veulent changer le code, le corriger, le perfectionner, par la voie de l'interprétation; il leur faut donc s'écarter du texte, et lui donner une signification autre que celle qui résulte de la lettre de la loi. Où trouver un appui et une autorité qui légitime cet étrange procédé? On oppose l'esprit de la loi au texte, et pour établir quel est l'esprit de la loi, on s'empare d'une phrase, d'un mot des travaux préparatoires, puis on se met à construire un nouveau code civil. Les travaux préparatoires servent non à expliquer le code, mais à l'altérer. Je vais en citer un exemple curieux.

L'époux peut-il donner à son conjoint le disponible ordinaire? Il ne laisse qu'un enfant ou deux : peut-il donner à son conjoint ce qu'il pourrait donner à un étranger, la moitié ou le tiers en pleine propriété? J'ai enseigné, avec la plupart des auteurs et avec la jurisprudence, que le disponible de l'article 1094, ayant une destination spéciale, ne peut être modifié par le donateur; le remplacer par le disponible ordinaire, c'est mettre la règle à la place de l'exception, c'est confondre deux disponibles qui n'ont rien de commun, c'est changer la loi. Cela est si évident, que pendant quarante ans on n'a pas songé à mettre la question en doute : les auteurs étaient unanimes à dire que le disponible exceptionnel de l'article 1094 est obligatoire pour le donateur. Grenier cite un arrêt qui l'a jugé ainsi, et il ajoute que l'on aurait de la peine à croire que l'opinion contraire eût été soutenue, si l'arrêt n'en faisait foi. Eh bien, ce qui paraissait incroyable à un de nos bons auteurs, est devenu une doctrine. Benech, profes-

seur à Toulouse, l'a mise en avant. Les nouveautés ont toujours de l'attrait pour les esprits jeunes et aventureux. Demante et Valette introduisirent la nouvelle théorie à l'école de droit de Paris; Aubry et Rau l'adoptèrent. La jurisprudence, plus sage, l'a toujours repoussée; la doctrine de Benech a fini, comme tant d'autres nouveautés, par perdre tout crédit.

La cour de cassation s'appuie sur une base inébranlable, le texte. On lui oppose l'esprit de la loi. Le Tribunat proposa un amendement qui consacrait le système de Benech; le conseil d'Etat ne l'adopta point. Qu'en conclut-on? Benech dit que le conseil d'Etat a jugé inutile d'énoncer expressément ce qui résultait déjà du projet. Non, répond-on; le conseil n'a pas admis l'interprétation du Tribunat, donc il l'a rejetée. Qui a raison? D'après les débats, on l'ignore. Le texte, au contraire, ne laisse aucun doute; donc, il faut s'en tenir au texte. Chose curieuse, il y a un autre élément des travaux préparatoires, ce sont les discours des orateurs; ils ont de l'importance quand les orateurs sont des jurisconsultes; or, Jaubert, le rapporteur du Tribunat, avait professé le droit à Bordeaux, ses rapports comptent parmi les travaux les plus remarquables. Dans l'espèce, le rapport de Jaubert a une autorité exceptionnelle. On invoque contre le texte l'opinion du Tribunat; et voici le rapporteur du Tribunat qui dit en toutes lettres que l'époux ne peut donner à son conjoint que le disponible de l'article 1094. Bigot-Préameneu dit la même chose dans l'Exposé des motifs. Que répond Benech? Il accuse de *précipitation* les orateurs qui ont exposé les motifs de la loi, et il reproche au législateur son *incoséqunence*. Tout le monde a tort : l'interprète seul a raison. Voilà à quoi se réduit très-souvent ce que l'on appelle l'esprit de la loi (*Principes*, t. XV, n°s 348-350).

J'ajoute, pour compléter ma démonstration, que Benech a trouvé dans les travaux préparatoires, des arguments à l'appui de son système; Marcadé y a cherché et y a trouvé des arguments

pour le système tout contraire. C'est dire que l'on trouve, dans les travaux qui ont préparé la loi, tout ce que l'on veut. Il y a plus, Benech, qui invoque l'esprit de la loi contre le texte, a méconnu l'esprit véritable du code; ce qu'il appelle l'esprit de la loi n'est autre chose que l'interprétation qu'il a trouvé bon de substituer à la volonté du législateur. Chaque interprète en peut faire autant. De là des controverses sans fin, qui font du droit une mer de doutes. Ces controverses cesseraient si les interprètes avaient plus de respect pour le texte. Là est le véritable esprit de la loi, puisque c'est le législateur lui-même qui nous dit ce qu'il veut, et quand il le dit en termes clairs, tout devrait être dit : quand le législateur a parlé, l'interprète doit obéir. Il désobéit, et il se met au-dessus de la loi, en allant chercher dans les travaux préparatoires des arguments pour démolir la loi. Il faut recourir à la discussion pour interpréter un texte obscur et douteux : il n'est pas permis de se prévaloir de la discussion pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Je terminerai en citant les paroles d'un magistrat, Bayle-Mouillard, qui a enrichi d'excellentes notes l'ouvrage de Grenier sur *les Donations* : « Ne serait-il pas infiniment dangereux de faire fléchir la lettre précise d'une loi devant des considérations plus ou moins puissantes, tirées des incidents de la discussion préparatoire? *Une loi réside dans son texte impératif, et non dans les phases mobiles de son élaboration.* Où en seraient les citoyens et les jurisconsultes eux-mêmes, si chacun pouvait dégager des archives législatives un nouveau système, devant lequel il faudrait sacrifier tout ce qu'on a compris et pratiqué jusqu'alors? » Le respect de la loi, tel est le premier devoir de l'interprète.

§ IV.

LA TRADITION.

I. *Abrogation de l'ancien droit.*

J'ai souvent dû rappeler, dans le cours de mes *Principes*, que l'ancien droit est abrogé par la loi du 30 ventôse an XII (art. 7), dans les matières qui sont l'objet du code civil, ce qui comprend tout le droit romain et toutes les coutumes, ainsi que les lois et ordonnances des rois de France et de nos souverains. Il n'y avait que quelques lacunes dans le code civil, elles ont été comblées par les lois rendues sous le royaume des Pays-Bas, sur l'emphytéose et la superficie. Pourquoi les auteurs du code ont-ils abrogé tout l'ancien droit, tandis que d'ordinaire les lois nouvelles n'abrogent les anciennes qu'en tant qu'elles y sont contraires? Le législateur a voulu mettre fin à la diversité qui régnait dans l'ancien droit. Tel a été le but de la codification; il importe de le constater, parce qu'on l'oublie parfois, et la chose est essentielle pour déterminer le rôle que la tradition joue dans l'interprétation du code Napoléon (1). L'ancien droit a perdu toute autorité légale; ce n'est plus que de l'histoire; or l'histoire nous apprend bien comment le droit s'est formé, mais c'est la loi seule qui commande et qui prohibe. Si l'histoire n'est pas le droit, elle est néanmoins d'un grand secours, disons mieux, elle est nécessaire pour interpréter le droit. Le code civil ne consacre pas un droit nouveau, il ne fait que formuler les principes que l'on suivait dans l'ancienne jurisprudence; le droit romain, les coutumes, les ordonnances et les lois intermédiaires, telles sont les sources auxquelles ont puisé les auteurs du code; or, la formule doit être interprétée par le droit, où elle a ses racines. De là l'importance

(1) Voyez mes *Principes de droit civil*, t. I, nos 25-27 de l'*Introduction*.

de l'histoire pour expliquer le code civil (1). Mais il faut dire de la tradition ce que j'ai dit des travaux préparatoires ; elle sert à expliquer le code, mais elle n'est pas le code. Pour la tradition, cela est plus évident que pour les travaux préparatoires, puisqu'il y a une loi formelle qui l'abroge. Cela n'a pas empêché les interprètes d'abuser de la tradition comme ils ont abusé des travaux préparatoires. Le danger est encore plus grand en ce qui concerne la tradition. D'abord elle est plus incertaine que la discussion qui a préparé le code civil. Tout est matière à controverse quand il s'agit du droit ancien. Est-ce au droit romain qu'il faut recourir ou aux coutumes? Si c'est au droit romain, où doit-on le puiser? dans les compilations de Justinien? dans les travaux des grands jurisconsultes du XVI[e] siècle? dans Pothier et Domat? Si c'est aux coutumes, l'embarras est plus grand. Dumoulin est l'oracle du droit coutumier, mais à chaque pas il est contredit par d'Argentré. Inutile d'insister, puisque c'est l'incertitude de l'ancien droit qui a rendu la codification nécessaire. Cette incertitude favorise singulièrement les esprits aventureux qui supportent impatiemment le joug des textes. Si l'on trouve dans les travaux préparatoires tout ce que l'on y cherche, la chose est plus facile encore quand on invoque la tradition. Ici, ceux qui aiment à invoquer l'esprit de la loi pour échapper au texte ont beau jeu ; ils peuvent, à la rigueur, construire un autre code civil en s'appuyant tantôt sur la doctrine d'un ancien auteur, tantôt sur la jurisprudence ancienne. J'oppose à ces téméraires entreprises une fin de non-recevoir. La loi est-elle claire, par cela même l'esprit de la loi ne laisse aucun doute, et il n'est pas permis d'invoquer la tradition contre le code : cela ne s'appelle pas interpréter la loi, cela s'appelle l'éluder, c'est-à-dire la violer. La loi est-elle obscure, insuffisante, on doit l'expliquer par l'histoire, toujours avec cette restriction qu'on ne modifie pas la loi sous prétexte de l'interpréter.

(1) Voyez mes *Principes*, t. I, n° 28 de l'*Introduction*, et n° 274.

II. *Quelle est la tradition du code civil? Erreurs des interprètes romanistes.*

Il peut paraître singulier à plus d'un de nos lecteurs que, dans mon ouvrage sur les principes de droit civil écrit en Belgique, je cite rarement les anciens auteurs belges, notamment Voet, dont l'autorité est grande devant nos tribunaux, et il la mérite : c'est le type du jurisconsulte pratique, unissant la science au bon sens. Si je ne le cite pas, c'est qu'il était inconnu des auteurs du code civil, je doute qu'aucun d'eux sût son nom. Or, il s'agit d'interpréter un code fait par un législateur français, à une époque, il est vrai, où la Belgique était réunie à la France, mais aucun Belge ne prit une part active à l'élaboration des lois; ceux qui siégeaient au Corps législatif se bornèrent à voter. Il ne faut pas induire de là, comme on l'a fait, que les codes français ont été imposés à la Belgique par la conquête. C'est une erreur tout ensemble et une ingratitude. Les auteurs du code civil se sont inspirés de Pothier et de Domat, c'est-à-dire du droit coutumier; or, toutes les provinces belgiques étaient des pays de coutumes, et toutes les coutumes ont une seule et même origine et un même esprit, c'est l'équité germanique. En ce sens on peut dire, sans paradoxe, que le code civil est pour nous un droit national. Toutefois, malgré leur parenté, les diverses coutumes différaient grandement; dès lors il faut user d'une grande prudence quand il s'agit d'invoquer la tradition coutumière; on la trouve dans Pothier et dans Voet, mais il faut la puiser de préférence dans Pothier, parce que les auteurs du code ont toujours eu Pothier sous les yeux (1).

Ce point n'est pas douteux. Mais il y a une autre question qui est toujours vivement débattue : la tradition du code est-elle romaine ou coutumière? La réponse n'est point douteuse, quand

(1) Voyez un exemple dans le t. XV de mes *Principes*, n° 533.

il s'agit d'une matière qui est empruntée soit au droit romain, soit aux coutumes. Personne n'invoquera le droit romain pour interpréter la saisine coutumière, et personne ne songera à chercher dans le droit coutumier l'explication de l'action paulienne, dont le nom trahit l'origine romaine. Mais, alors même qu'une institution est romaine, il reste une difficulté : faut-il consulter le Digeste et ses interprètes, ou doit-on s'en tenir à Domat et à Pothier? La même difficulté se présente dans les nombreuses matières que les auteurs du code ont empruntées indirectement au droit romain, en suivant leurs guides habituels que je viens de nommer? Telle est la théorie des obligations et des contrats, ainsi que celle des droits réels, autres que les priviléges et hypothèques. L'origine romaine est incontestable : est-ce à dire qu'il faille recourir, pour interpréter le code, au droit strict de Rome? Ce serait violer l'esprit de la loi sous couleur d'expliquer le texte par l'esprit.

La plus romaine des théories paraît certes être celle des obligations. Les auteurs du code disent eux-mêmes qu'ils n'ont fait que formuler les principes qu'ils ont puisés dans le droit romain. C'est dans le Digeste, dit Bigot-Préameneu, qu'il faut chercher l'application des règles que le code civil lui a empruntées. Il va plus loin; prenant au pied de la lettre le beau nom de raison écrite que nos anciens jurisconsultes donnaient au droit romain, l'orateur du gouvernement dit que c'est l'esprit d'*équité* de la législation romaine qui lui a valu cet éloge magnifique. Étrange illusion! L'esprit d'*équité* que Bigot-Préameneu célèbre est celui des coutumes, tandis que l'esprit des lois romaines est la rigueur logique, poussée jusqu'à la subtilité. Leibnitz compare les jurisconsultes de Rome à des mathématiciens; ils manient les principes comme si c'étaient des formules algébriques. Est-ce ainsi que Pothier et Domat procèdent? Dès le début de son traité sur les *Obligations*, Pothier répudie les singularités romaines, parce qu'elles s'écartent du droit naturel (*Principes*, t. XV, n° 428).

Ailleurs il dit que les lois romaines ne sont suivies dans les provinces coutumières qu'autant qu'on les trouve conformes à l'équité (*Principes*, t. XXVIII, n° 164). Pothier répudie toujours ce qu'il appelle les subtilités romaines, c'est-à-dire la rigueur logique, pour s'en tenir à l'équité coutumière. Il en est de même de Domat; il ne parle pas même de ces subtilités, parce que, dit-il, elles ne sont pas de notre usage, et qu'elles embarrasseraient inutilement (*Principes*, t. XV, n° 443). Cela explique l'illusion des auteurs du code. Ils ne connaissaient le droit romain que par les ouvrages de Pothier et de Domat; ils ne citent pas les noms des grands jurisconsultes du XVIe siècle : on peut croire, sans leur faire injure, qu'ils ignoraient le nom de Doneau. En faisant l'éloge du droit romain, ils entendaient parler du droit romain tel que Domat l'a formulé, tel que Pothier l'a modifié, l'un et l'autre s'inspirant de l'équité coutumière et répudiant les subtilités romaines. Un de nos vieux jurisconsultes, et un des meilleurs, Guy Coquille, est décidément hostile au droit romain; l'antipathie qu'il nourrissait contre la Rome catholique rejaillit sur la Rome impériale. « Nous, dit-il, en ce pays coutumier, ne sommes sujets aux *subtilités*, formules et fâcheuses *superstitions* introduites par le droit romain, au fait des testaments. Et a été bien avisé par nos prédécesseurs de nous délivrer de cette *servile subjection* » (*Principes*, t. XIII, n° 103). Les auteurs du code, hommes de la révolution, avaient encore moins de respect pour la tradition romaine. « Le règne des subtilités est passé, dit Treilhard, en expliquant l'article 2013; » et l'orateur du Tribunat ajoute : « Rien de *plus raisonnable* que cette disposition. » C'est dire que les subtilités romaines n'étaient guère raisonnables. Il est certain que, comme principe de législation, l'équité est supérieure à la logique. Le droit n'est pas une logique, c'est une face de la vie, et dans les relations de la vie, l'équité doit régner. En définitive, l'homme n'est pas fait pour les principes, les principes sont faits pour l'homme (*Principes*, t. XXVIII, n° 164).

Cela diminue singulièrement l'importance du débat sur le point de savoir quelle est la tradition qui domine dans le code civil : Est-ce la tradition romaine? est-ce la tradition coutumière? A mon avis, la réponse n'est pas douteuse; le code procède des coutumes, par l'excellente raison que l'ancien droit qu'il reproduit était un droit coutumier, même le droit romain. Pothier vient de nous le dire, les lois romaines n'étaient suivies qu'à titre de raison écrite, et les interprètes s'en écartaient, aussi souvent qu'il leur semblait que les subtilités romaines étaient en opposition avec l'équité coutumière. Personne ne niera que Pothier et Domat soient les auteurs du code; ils résument la tradition, le législateur français n'en connaît point d'autre : or, ces grands jurisconsultes sont entièrement affranchis des *superstitions* de Rome; ils sont les organes de l'équité et non du droit strict. C'est le droit romain profondément modifié par l'équité qui a passé dans notre code civil. Donc notre tradition est dans les coutumes et non dans le Digeste (*Principes*, t. XV, n° 420).

Puisque l'on conteste toujours ce qui ne devrait plus être controversé, je citerai quelques faits très-remarquables. Zachariæ dit que la législation révolutionnaire et, à sa suite, le code civil ont affaibli la puissance paternelle au point de compromettre les intérêts les plus sacrés de l'humanité. Or, il se trouve que les lois de la révolution n'ont fait que formuler le principe des coutumes : « Puissance paternelle n'a lieu ». C'est le principe de liberté qui remplace, dans la famille, la domination, disons mieux le despotisme du père de famille, lequel avait sur ses enfants un droit de domaine (*Principes*, t. IV, n°s 258 et 259). Que d'accusations n'a-t-on pas lancées contre la Convention nationale, parce qu'elle a assimilé les enfants naturels aux enfants légitimes! Eh bien, nos coutumes flamandes disaient : « Nul n'est bâtard de par sa mère ». C'est encore, à mon avis, le vrai principe (*Principes*, t. IX, n°s 101 et 102). La législation révolutionnaire a emprunté aux coutumes de nantissement le principe de publicité;

s'il y a un reproche à faire au code civil, c'est certes d'avoir déserté la publicité coutumière pour la clandestinité romaine (*Principes*, t. XXIX, n°s 28-30). Généralement, les auteurs du code restent fidèles aux principes des coutumes, dans lesquels la plupart avaient été élevés. Quand il arrive, ce qui est très-rare, que Pothier se prononce pour la rigueur logique, le législateur français abandonne son guide habituel et donne la préférence à l'équité. L'usufruitier peut-il faire des changements? Pothier est resté fidèle, en cette matière, au droit romain; il enseigne que l'usufruitier ne peut changer la forme, et il ne recule pas devant les conséquences les plus rigoureuses de ce principe. L'usufruitier, dit-il, ne peut agrandir les fenêtres, parce que le nu propriétaire peut avoir des raisons pour préférer les petites fenêtres aux grandes; si celles-ci donnent plus de jour, par contre, elles rendent les appartements plus froids en hiver. Domat, au contraire, abandonne la rigueur romaine; il permet à l'usufruitier de faire des changements pourvu qu'ils ne détériorent pas la propriété. Bourjon abonde dans ces idées; c'est décidément l'équité coutumière qui l'inspire. Le code ne prévoit pas directement la difficulté, mais les règles qu'il établit conduisent à la doctrine de Domat, qu'il suit de préférence, en cette matière, à Pothier. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens. Qui est dans le vrai? Certes les coutumes; elles suivent la voie du bon sens et de l'équité, ce qui vaut certes mieux que la rigueur logique, quand elle aboutit à l'absurde (*Principes*, t. VI, n°s 481-484).

Il faut donc suivre de préférence la tradition coutumière. Nos meilleurs jurisconsultes ont, au contraire, une prédilection pour le droit romain. Rien de plus naturel. Nous sommes élevés dans le culte du droit romain. On l'enseigne, en Belgique, avant le droit français; et les premières études laissent toujours les plus fortes impressions. On apprend aux futurs légistes que le droit romain est le droit le plus parfait qui existe, ce qui, en un certain sens, est vrai. Les jurisconsultes romains sont nos maîtres : n'est-

il pas naturel que nous les prenions pour guides? Rien de mieux tant qu'il s'agit de former l'esprit juridique. Notre science est une science rationnelle, logique; il est bon que l'esprit du jurisconsulte soit formé à l'école des logiciens par excellence. L'influence du droit romain ne devrait pas aller plus loin, sauf dans les matières qui sont exclusivement romaines. Mais il est difficile que l'interprète oublie sa prédilection pour les maîtres de la science, quand il est imbu de la conviction que la tradition romaine est la vraie tradition du code civil. Il en était ainsi des premiers interprètes du code. Je dirai plus loin que Merlin, le plus grand des jurisconsultes modernes, cherche régulièrement l'explication du code civil dans la tradition romaine; traditionnaliste outré, il transporte dans la législation nouvelle le droit ancien dont il a été imbu dans sa jeunesse. C'est s'exposer à d'inévitables erreurs. Pour le moment, j'en signalerai une, parce qu'elle est à peu près générale. Un adage romain dit que personne n'est censé ignorer le droit. Sans doute, quand il s'agit d'une loi de police et d'ordre public, il est nécessaire de présumer que les citoyens connaissent la loi, alors même qu'ils en ignorent l'existence. Mais, dans les relations d'intérêt privé, c'est chose absurde que de poser en principe que personne n'ignore le droit. L'ignorance du droit est, au contraire, générale dans toutes les classes de la société. Et qui le leur aurait appris? L'État ne s'est pas même soucié, jusqu'à nos jours, d'apprendre à lire au peuple : et la loi présumerait que ceux qui ne savent pas lire savent néanmoins le droit? J'ai vu des ouvriers qui ne savaient pas ce que c'est qu'un oncle et une tante, un neveu et une nièce, et on veut qu'ils connaissent la loi qui défend le mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu! (*Principes,* t. II, n° 506.) Si on laissait là les adages romains que le code n'a pas consacrés, pour s'en tenir au texte et aux principes qui en découlent (1)!

(1) Voyez un autre exemple dans mes *Principes*, t. XIII, n° 426.

Daniels était le collègue de Merlin au parquet de la cour de cassation ; il a été procureur général près la chambre de cassation de Bruxelles. Allemand d'origine, il était habitué à considérer le droit romain comme le droit commun, et il consultait les compilations de Justinien de préférence au code civil. Dans une espèce où il s'agissait de savoir si l'action en nullité pour cause de dol réagit contre les tiers, Daniels soutint la négative, fondée sur les textes du Digeste, oubliant que la question était décidée en sens contraire par le code Napoléon. La cour de Bruxelles partagea son erreur ; elle parle de *restitution en entier*, et d'actions *in rem scriptæ*, comme si nous étions encore sous le régime du préteur. C'était transporter dans le code des mots et des idées qu'il ignore. La cour est revenue sur cette jurisprudence romaine, en jugeant d'après le code civil (*Principes*, t. XIX, n° 75).

La question est capitale, puisqu'il s'agit d'un système général d'interprétation. Il y a chez d'excellents esprits une tendance à interroger avant tout la tradition, et quand on est bien imbu de la tradition, on la retrouve facilement dans le code, parce qu'on l'y cherche. Sans doute, notre science est une science traditionnelle ; mais elle est aussi essentiellement changeante et progressive, car elle est une face de la vie, et c'est un vrai contre-sens de transporter dans la vie moderne les principes qui s'étaient développés dans un état social qui n'est plus le nôtre. Il faut donc consulter d'abord, non la tradition, mais le code, sauf à l'interpréter, quand il laisse quelque doute, par la tradition : encore notre tradition n'est-elle pas la tradition romaine, c'est la tradition coutumière. Nos meilleurs auteurs, Toullier, Merlin, Demante et, à leur suite, Troplong se sont trompés sur la capacité des mineurs ; et c'est le droit romain qui les a égarés. Si, au lieu de consulter les Institutes, ils avaient ouvert le code civil, ils n'y auraient plus vu une trace d'autorisation ni d'assistance du tuteur, et ils n'auraient pas songé à ressusciter des formes qui sont

mortes. Il est inutile de combattre ici leur doctrine, car elle est abandonnée, mais nous devons profiter de l'erreur où ils sont tombés, en laissant là une tradition qui n'est plus que de l'histoire (*Principes,* t. XVI, n°s 48-53).

L'illusion des interprètes romanistes ou ultramontains, comme disaient nos vieux coutumiers, va plus loin. Ils ne se contentent pas de consulter le Digeste, ils invoquent encore l'autorité des interprètes. Et quels sont les commentateurs qu'ils citent de préférence? Ce n'est pas Pothier, ce ne sont pas les grands jurisconsultes du XVIe siècle, ce sont les auteurs modernes. Pour le coup, on croirait que c'est une satire du romanisme. Et cependant cela est sérieux, et ce sont d'excellents écrivains qui ont poussé jusque-là l'abus de la tradition romaine. Aubry et Rau admettent une solidarité imparfaite; le mot ne se trouve pas dans nos textes et la chose pas davantage. Il faut donc chercher un appui ailleurs; on le trouve dans les lois romaines. Mais le sens de ces lois est controversé; les éditeurs de Zachariæ adoptent l'interprétation de deux professeurs allemands, Ribbentrop et Fritz. Ainsi une doctrine romaine, que les auteurs du code civil n'ont pas pu soupçonner, est introduite dans le code, à titre de tradition! Ne dirait-on pas que nous vivons encore sous l'empire des compilations de Justinien, et qu'il s'agit de savoir quel est le sens de telle ou telle loi des Pandectes? Non, notre code n'est pas romain, il est français; il ne procède pas de Justinien, il procède des coutumes. La science allemande n'a rien à faire dans nos débats; elle ne sert qu'à les obscurcir au lieu d'y apporter la lumière. Je rappelle les interprètes au respect du texte; ce ne sont pas des lois obscures du Digeste qu'il s'agit de concilier; nous avons des lois claires et précises, et le droit romain n'est plus que de l'histoire (*Principes,* t. XVII, n° 317).

Le droit romain a été pendant des siècles la loi des provinces du midi, et il y conserve toujours une grande influence. Il arrive parfois que telle chambre de la cour de cassation est imbue des

idées romaines; ses décisions bouleversent alors le code civil, pour y introduire de force une doctrine qui est étrangère à notre véritable tradition. Tel est le fameux arrêt du 17 mai 1843 qui décida que l'héritier renonçant peut retenir, sur la libéralité qui lui a été faite, le disponible et la réserve. Il suffit de lire l'arrêt, pour se convaincre qu'il est romain; il parle de *légitime,* alors que le code évite de prononcer ce mot; il y est question de *plainte d'inofficiosité,* bien que la chose et l'expression soient étrangères à nos lois. La cour de cassation, chambres réunies, est revenue à la tradition française. Dupin porta la parole comme procureur général dans l'affaire de 1863. Il raconte, à sa façon, une anecdote que je recommande à mes jeunes lecteurs. Pierre Pithou avait terminé ses humanités, et il se préparait à partir pour aller aux universités de droit; son père l'accompagnait, et au moment de se séparer, le bonhomme recommanda surtout à son fils de s'arrêter aux textes sans s'amuser aux gloses ni aux docteurs, parce que les docteurs de ce temps affectaient les opinions singulières, recherchaient les subtilités, pour faire dire qu'ils avaient, eux, découvert, ce que leurs devanciers n'avaient pas même soupçonné. N'y a-t-il pas toujours de ces docteurs? Dupin les accuse de défaire l'œuvre du code civil (*Principes,* t. XII, n° 39). D'ordinaire cela se fait en invoquant l'esprit de la loi, et au nom du progrès de la science. On voit, dans la question de la réserve, à quoi aboutit le prétendu progrès : à ramener le code civil à la loi des XII Tables!

Nos cours de Belgique aiment aussi à citer le droit romain, sans donner toutefois dans les excès de nos voisins du midi; les révolutions et les coups d'État ne sont pas de notre goût, pas plus dans la jurisprudence que dans la politique. La tradition, et surtout la tradition romaine, a toujours un écueil, c'est que l'on introduise dans le code une doctrine qui lui est étrangère. C'est ce qui est arrivé à la cour de Gand. Les articles 676-679 règlent les droits des propriétaires voisins en ce qui concerne les jours

et vues qu'ils peuvent pratiquer dans les murs qui séparent les héritages contigus. Le code suit-il, en cette matière, la tradition romaine, qui reste fidèle au droit absolu du propriétaire, ou consacre-t-il la tradition coutumière qui tempère le droit de propriété par l'équité et les nécessités sociales? Il suffit de connaître l'origine des articles 676-679, pour se convaincre qu'ils procèdent des coutumes; en effet, ils sont extraits textuellement de la coutume de Paris; c'est donc la tradition coutumière qu'il faut interroger pour interpréter le code civil. La cour de Gand s'est prononcée pour la théorie romaine, en s'appuyant sur l'Exposé des motifs du titre des *Servitudes*. Je crois avoir prouvé qu'elle s'est trompée : conçoit-on que le législateur français ait reproduit textuellement le droit coutumier, et qu'il ait néanmoins sanctionné la doctrine contraire du droit romain (*Principes*, t. VIII, n°s 38 et 39)?

La tradition coutumière a aussi son écueil; elle est essentiellement incertaine. Pothier n'est pas toujours d'accord avec Domat, et il est souvent en désaccord avec Lebrun : où sera la tradition (*Principes*, t. XXIII, n° 25)? Le plus sûr d'ordinaire est de s'en tenir à Pothier : toutefois j'ai dit, ici même, que, dans la matière des droits de l'usufruitier, les auteurs du code ont suivi de préférence Domat. Pothier avoue parfois l'incertitude du droit coutumier (*Principes*, t. XXXII, n° 541) : et cela est d'évidence, puisque cela est de l'essence des coutumes. Il est vrai qu'elles avaient été rédigées par écrit, mais elles ne contenaient que de rares dispositions sur le droit civil; les lois romaines servaient de supplément, sauf que ces lois étaient modifiées par l'équité. Il est inutile d'insister, puisque c'est à raison de l'incertitude du droit que les législateurs de la révolution procédèrent à la codification.

III. *Quand doit-on consulter la tradition?*

Les jurisconsultes sont des hommes de tradition; régulièrement ils préfèrent les enseignements du passé, quand ce seraient

de vieilles erreurs, aux idées nouvelles qui se font jour dans la vie et qui réagissent sur le droit. L'histoire du taux de l'intérêt en offre un exemple remarquable. On sait que dans l'ancien droit tout intérêt était prohibé, comme usure : c'était un préjugé chrétien que les lois civiles eurent tort de sanctionner. Les besoins de la vie réelle l'emportèrent sur une fausse idée de perfection. Turgot en fait la remarque : on éludait la prohibition, et le clergé même qui l'avait introduite en donnait l'exemple. Quant au taux de l'intérêt, dit le célèbre économiste, il dépend de l'abondance de l'argent et de la situation plus ou moins sûre de l'emprunteur. Les lois défendent vainement ce que la nature des choses rend nécessaire. Le code civil laissait pleine liberté aux parties contractantes ; mais les légistes du conseil d'État, et les meilleurs, Tronchet, Maleville, réclamèrent des restrictions. Trois ans après la publication du code civil, la loi du 3 septembre 1807 défendit de stipuler un intérêt supérieur à 5 p. c. en matière civile, et à 6 p. c. en matière de commerce. Les légistes, Merlin en tête, approuvèrent ces restrictions apportées à la liberté des parties contractantes. Qu'arriva-t-il ? On éluda la prohibition, et les tribunaux y prêtèrent la main. Procédant de la tradition, les plus grands jurisconsultes ne parviennent pas à s'affranchir des préjugés qu'ils puisent dans leurs études : le droit se confond, à leurs yeux, avec la loi, et ils considèrent la loi comme raison écrite. En 1836, la loi de 1807 fut vivement attaquée dans la chambre des députés ; Dupin s'en fit le défenseur et il l'emporta. En 1862, Michel Chevalier démontra vainement qne la loi de 1807 violait tous les principes, et n'empêchait pas l'usure, l'économie politique succomba de nouveau, et ce fut un légiste, le procureur général Dupin, qui obtint la victoire.

L'attachement au passé est une excellente chose, comme élément de conservation ; mais il devient un défaut quand les interprètes prétendent introduire la tradition dans le code, non pour l'expliquer, mais pour lui faire dire autre chose que ce qu'il dit.

Il faut appliquer à la tradition ce que j'ai dit des travaux préparatoires. On doit la consulter lorsque le code laisse quelque doute, et lorsque, d'ailleurs, il est certain que le législateur a entendu reproduire l'ancien droit. Mais quand la loi est claire, il est inutile et dangereux de recourir à la tradition pour l'interpréter. Je citerai comme exemple le retour légal. Le retour existait dans l'ancien droit, mais il avait des caractères essentiellement différents dans les provinces de droit écrit et dans les pays de droit coutumier, et il variait encore dans les ressorts des divers parlements. Voilà l'incertitude de la tradition : que faire? La cour de Paris dit très-bien que nous sommes régis par le code civil et non par les coutumes (*Principes*, t. IX, n°s 163 et 164), et la cour de cassation s'est prononcée dans le même sens : Le retour légal, dit-elle, ne doit être fixé ni par les lois romaines, ni par les coutumes, ni par les anciens arrêts, mais par les dispositions du code civil (*ibid.*, n° 173).

La cour de cassation n'est pas toujours restée fidèle à cette sage doctrine. D'après l'article 642, le propriétaire inférieur peut acquérir un droit aux eaux d'une source, quand il en a joui pendant trente ans, à condition qu'il ait fait des travaux destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans son fonds Ces travaux doivent-ils être faits sur le fonds supérieur? C'est une question très-controversée. La cour de cassation décide que les travaux doivent être faits dans l'héritage où naît la source. L'opinion contraire se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi. On lui oppose la tradition. En effet, Domat exige formellement que les travaux soient faits dans le fonds supérieur. Mais la discussion qui a eu lieu au conseil d'État prouve que les auteurs du code interprétaient la tradition en sens divers. Ainsi la cour de cassation se prévaut d'une tradition incertaine, comme elle l'est presque toujours, tandis que le texte ne dit rien de la condition que l'on veut y introduire; et ce qui s'est passé au Tribunat prouve à l'évidence que les auteurs du code ont rejeté l'opinion que la cour suprême

a consacrée (*Principes,* t. VII, n° 203). Voilà l'abus de la tradition que je dénonce. La tradition est de l'histoire; on ne peut pas invoquer l'histoire pour ajouter à la loi, pas plus que pour la modifier d'une manière quelconque. Si l'on s'en était tenu au texte, interprété par la discussion, il n'y aurait jamais eu de controverse.

L'abus de la tradition devient un système chez les auteurs modernes qui l'invoquent pour faire dire à la loi autre chose et parfois tout le contraire de ce qu'elle dit. Aux termes de l'article 1589, la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. Le Livre préliminaire du code civil disait que, quand le texte de la loi est clair, il n'est pas permis d'en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. Or, s'il y a un texte clair, c'est celui de l'article 1589. Et les travaux préparatoires sont tout aussi formels; de discussion, il n'y en a pas eu, et tous ceux qui ont exposé les motifs de la loi assimilent entièrement la promesse de vente à la vente. Cependant Marcadé et Troplong enseignent que la promesse de vente n'est pas translative de propriété. Qu'est-ce qu'ils opposent au texte et à l'esprit de la loi? La tradition. Ils auraient dû l'écarter, par cela seul qu'il n'y a aucun doute sur le sens de la loi, tandis que la tradition est muette ou obscure. Domat ne dit rien des promesses de vente, et Pothier ne parle que des promesses unilatérales. Où va-t-on donc chercher la tradition? Dans les témoignages contradictoires et incertains d'anciens auteurs. Ainsi une tradition confuse, douteuse, doit l'emporter sur l'évidence du texte! La loi dit : la promesse de vente vaut vente. Et les interprètes lui font dire : la promesse de vente ne vaut pas vente. Cela ne s'appelle pas interpréter la loi, c'est la défaire (*Principes,* t. XXIV, n° 21).

La tradition présente un autre danger. Pothier fait le droit, tandis que, sous l'empire de code civil, les jurisconsultes doivent se borner à l'interpréter. Il suit de là qu'ils ne peuvent pas em-

prunter aux anciens auteurs des doctrines que le code n'a point consacrées, quand il arrive à ces auteurs de faire le droit. Pothier décide très-souvent par des probabilités qu'il érige en présomptions, ou par des distinctions qu'il n'appartient qu'au législateur de faire. C'était son droit, car il n'interprétait pas seulement la loi, en un certain sens il la faisait. Quand le code civil consacre l'opinion de Pothier, tout est dit; mais quand il ne la reproduit point, il n'est pas permis de le suivre; ce serait maintenir une loi ancienne, alors que toute l'ancienne jurisprudence est abrogée (1).

Pothier aime à décider en équité; il met toujours l'équité au-dessus du droit strict, ou ce qu'il appelle la subtilité du droit. Ces décisions n'ont plus aucune valeur pour nous, parce que le législateur seul peut tenir compte de l'équité. J'en fais la remarque, parce que l'autorité de Pothier est grande; mais on ne peut pas la suivre indistinctement : quand il décide en droit, dans une matière que le code civil lui a empruntée, il est l'interprète le plus sûr de la loi; quand il décide en équité contre le droit, on ne peut tenir aucun compte de son opinion, car il n'est pas permis à l'interprète de corriger la loi par des considérations d'équité (*Principes*, t. XVI, nº 282). Pothier donne au juge un pouvoir discrétionnaire pour modérer les dommages-intérêts; il va jusqu'à lui permettre d'user de quelque indulgence, lorsque le débiteur est coupable de dol. Bugnet a raison de dire que le juge n'a pas ce droit, et l'autorité de Pothier ne peut pas le lui faire donner (*Principes*, t. XVI, nº 290).

Celui qui a cautionné l'un des codébiteurs solidaires peut-il exiger que le créancier discute les biens possédés par les autres codébiteurs? Pothier décide la question affirmativement; il n'ose pas invoquer le droit, il se contente d'un *en quelque façon*, mode d'argumentation peu digne d'un grand jurisconsulte; ce qui l'en-

(1) Voyez un exemple dans mes *Principes*, t. XXI, nº 278.

traîne, c'est l'équité, ou l'humanité, comme il dit. Ce que Pothier pouvait faire, en l'absence d'une loi, les interprètes du code civil ne le peuvent plus (*Principes*, t. XXVIII, n° 216); il ne leur est pas permis de décider en équité, parce qu'en décidant ainsi, ils feraient la loi, tandis que leur mission se borne à l'interpréter. Ceci est un des points les plus essentiels, si l'on veut qu'il y ait un droit certain, et si l'on veut que le pouvoir du juge ne soit pas arbitraire.

§ V.

L'INTERPRÈTE NE PEUT PAS FAIRE LA LOI.

I. *Le juge est-il un ministre d'équité?*

Que l'interprète ne puisse pas faire la loi, cela est d'une telle évidence que personne n'a jamais songé à le contester. Il a pour mission de l'interpréter et de l'appliquer; c'est le législateur qui est investi du pouvoir de la faire. Le juge est donc lié par la loi; si, sous un prétexte quelconque, il entreprenait de la modifier, il usurperait le pouvoir législatif, puisqu'il créerait la loi dans le cas particulier qu'il a à juger; ce serait confondre des pouvoirs que nos constitutions séparent, et elles les séparent pour que les citoyens aient la garantie d'une justice impartiale. Bacon dit que les meilleures lois sont celles qui laissent le moins d'arbitraire au juge. Que deviendrait la justice si régulièrement les tribunaux pouvaient créer le droit en jugeant? Ce serait l'arbitraire organisé. Tout le monde est d'accord sur ce point. Cependant, à chaque page de mes *Principes de droit civil*, je me plains que l'interprète fait la loi; et je ne suis pas le premier à élever ces plaintes, elles sont aussi anciennes que les lois. Comment se fait-il que le juge ose s'écarter de la loi, alors qu'il sait qu'il est enchaîné par la volonté du législateur?

La loi est ou doit être l'expression de la justice absolue, autant que l'homme peut concevoir la vérité éternelle. Mais il arrive

tous les jours que, dans l'application de la loi, le droit strict se trouve en conflit avec l'équité. Le juge décidera-t-il d'après la rigueur du droit ? Il blessera l'équité, et en rendant une sentence inique, ne se mettra-t-il pas en opposition avec la justice, dont il est l'organe? Forcé de choisir entre l'obéissance à la loi et l'équité naturelle, le juge se prononcera le plus souvent en faveur de l'équité, en cherchant à éluder la loi. C'est manquer à son devoir; car éluder la loi c'est la violer. Vainement le juge s'excuserait-il en alléguant le cri de la conscience qui plaide contre la loi, il n'a pas à examiner si sa décision satisfait l'équité, il doit obéissance à la loi, et quand il a rempli son devoir, sa conscience n'aura rien à lui reprocher. A l'appui de ce que je dis, je vais citer les témoignages de ceux qui, à bon droit, passent pour nos maîtres. « C'est une sotte sagesse, dit le vieux d'Argentré, que celle qui prétend être plus sage que la loi. » Le rude jurisconsulte apostrophe les magistrats et leur crie : « De quel droit jugez-vous la loi, alors que vous êtes appelés à juger d'après la loi? Descendez de votre siége de juge, ou jugez conformément à la loi. Vous insultez aux lois en vous croyant plus sages qu'elles, et vous vous forgez une conscience fausse, qui vous permet de vous élever au-dessus du législateur. » Le président Favre tonne contre cette usurpation. « Rien de plus dangereux, dit-il, que cette prétendue équité; chaque juge s'en forge une à sa guise et selon son caprice; il y a autant de lois que de juges; c'est-à-dire qu'il n'y a plus de droit. N'est-ce pas se moquer du législateur que d'éluder ainsi sa volonté, et cette prétendue équité ne mérite-t-elle pas d'être appelé *cérébrine*? » « Où en serait-on, s'écrie le président Bouhier, s'il était permis aux magistrats de préférer, en jugeant, ce qu'ils s'imaginent être le plus équitable à ce qui est ordonné par le législateur? » Au cri de la conscience que le juge invoque, on peut opposer le cri de la conscience générale : « Dieu nous délivre de l'équité des parlements (1)! »

(1) Voyez les témoignages dans mes *Principes*, t. I, nº 273; t. XVI, nº 42.

Les juges ont une excuse, c'est la puissance du fait en face duquel ils doivent se prononcer en faveur de la loi contre l'équité. Une veuve, pour faire honneur à la mémoire de son mari, reste à la tête de son commerce, elle rétablit les affaires. paye les dettes, mais sans remplir les formalités longues et coûteuses que la loi prescrit quand il y a des enfants mineurs. La cour de Rouen approuva ces actes irréguliers, parce qu'ils avaient été faits dans l'intérêt des mineurs. L'arrêt, déféré à la cour de cassation dans l'intérêt de la loi, fut cassé, sur le réquisitoire de Merlin, qui critiqua vivement la décision, équitable, il est vrai, mais illégale : le masque de l'équité, dit-il, n'est qu'un vain prestige (*Principes*, t. XVI, n° 42). Les auteurs sont moins excusables quand ils se prévalent de l'équité contre la loi, car ils ne sont pas en présence d'un fait qui domine le juge ; s'ils invoquent l'équité, c'est pour corriger la loi. D'Aguesseau leur répond : « Si l'équité paraît quelquefois ingénieuse à pénétrer dans l'intention secrète du législateur, c'est moins pour la connaître que pour l'éluder ; elle la sonde en ennemi captieux plutôt qu'en ministre fidèle ; elle combat la lettre par l'esprit et l'esprit par la lettre, et au milieu de cette contradiction apparente, la vérité échappe, la règle disparaît, et le magistrat demeure le maître. »

On dirait que d'Aguesseau a écrit pour notre temps où chaque interprète se fait législateur. Le code proscrit l'équité quand il s'agit d'interpréter les conventions, parce qu'elles tiennent lieu de loi aux parties contractantes et au juge (art. 1134). « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre » (art. 1152). Les parlements modifiaient les conventions et les altéraient, sous couleur d'équité ; le code a mis fin à cet arbitraire. Au nom de l'équité, on permettait jadis au débiteur d'offrir au créancier une autre chose que celle qui lui était due ; l'article 1243 le défend, quand même la valeur de la chose offerte

serait plus grande. Dans des cas très-rares, la loi permet au juge de modifier les conventions; ces exceptions confirment la règle. Le payement ne peut pas être divisé; toutefois, dit l'article 1244, les juges peuvent, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le payement. Si le juge doit appliquer à la rigueur les conventions qui ne sont que des lois d'intérêt privé, à plus forte raison ne peut-il s'écarter des lois émanées du pouvoir législatif, sous prétexte d'équité.

Cependant on a écrit que, à défaut de texte formel, le droit c'est l'équité (*Principes*, t. XXVIII, n° 151). On lit aussi dans le Livre préliminaire du code (titre V, art. 11) : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. » Ainsi énoncée, la maxime est beaucoup trop absolue, et elle n'a pas, dans la pensée des auteurs du code, le sens qu'elle paraît avoir. Eux-mêmes ont formulé cette règle d'interprétation, dont ma Préface est le commentaire : « Quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. » Or, ce serait éluder que de la modifier par des considérations d'équité. Il faut d'abord limiter la maxime au cas où la loi est muette, obscure, ou insuffisante. Le juge est néanmoins tenu de juger (art. 4). D'après quelles règles jugera-t-il? Avant de recourir à l'équité, il cherchera dans la loi des raisons d'analogie, et s'il trouve des textes qu'il puisse appliquer par voie d'analogie, il ne lui est pas permis de laisser là la loi pour consulter l'équité. La tradition l'emporte encore. Le code ne dit qu'un mot sur l'action paulienne : est-ce à dire qu'en raison de l'insuffisance de la loi, le juge ait le droit de décider en équité? Non certes, il trouve le commentaire de l'article 1167 dans les lois romaines; les auteurs du code eux-mêmes lui font un devoir de consulter le droit romain quand il applique des règles dont l'origine est romaine. C'est seulement quand les textes et le droit ancien lui font absolument défaut, que le juge devient un ministre

d'équité (*Principes*, t. I, n°s 256, 257). Cette hypothèse est si rare qu'ont peut l'écarter dans notre débat.

On a invoqué un autre texte, le seul où se trouve le mot d'équité. « Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'*équité*, l'*usage* ou la *loi* donnent à l'obligation d'après sa nature » (art. 1135). (*Principes*, t. XXIX, n° 293.) Cette disposition se trouve sous la rubrique du chapitre II, du titre des Contrats. Il s'agit donc, non de l'interprétation des lois, et bien moins encore du pouvoir qu'aurait le juge de les modifier par des considérations d'équité, mais de l'exécution des conventions ; l'article 1135 est la suite de l'article 1134, qui porte que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Qu'est-ce que cela a de commun avec la question de savoir si le juge est un ministre d'équité ?

Tenons donc pour règle certaine que l'équité ne fait pas droit, en ce sens qu'elle l'emporte sur le droit. Au contraire, quand le droit a parlé, l'interprète ne peut plus écouter l'équité : le juge n'est point le ministre de l'équité, il est l'organe et l'esclave de la loi. La cour de cassation a bien des fois consacré ce principe, en décidant que les considérations d'équité sont à l'adresse du législateur, qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier la sagesse des lois, que leur devoir est d'en respecter et faire exécuter les dispositions (*Principes*, t. III, n° 473). La cour de Bruxelles a répété la maxime de d'Argentré : « Il ne faut pas que le juge soit plus sage ni plus sévère que la loi... » Il s'agissait, dans l'espèce, des actes respectueux que les enfants doivent faire à leurs parents, quand ils se marient malgré leur opposition. C'est un droit pour les enfants de se marier ; ils peuvent en user très-mal, mais qu'importe ? Il en est ainsi de tout droit ; cependant les tribunaux, par respect pour l'autorité paternelle, se sont ingéniés à renchérir sur la loi, en imposant des obligations qu'elle ignore. La cour de cassation a raison de dire qu'il y a excès de pouvoir de la part du juge qui ordonne à une fille majeure de

quitter la résidence qu'elle s'est choisie, et de se retirer chez une parente, pour ensuite comparaître devant le président et y être entendue en présence de son père (*Principes*, t. II, n° 333). Il en est de même du droit d'opposition des parents. Deux cours d'appel l'ont admis, dans des circonstances malheureuses, navrantes : une jeune fille séduite par un forçat libéré, domestique chez son père. Merlin s'étonne que les magistrats aient admis une interprétation de la loi qui est une violation de la loi. Heureusement, dit-il, que la cour de cassation a réprimé cet excès de pouvoir (*Principes*, t. II, n° 399). Elle le réprime régulièrement, au moins en cette matière. La loi a prononcé, cela suffit ; le juge doit obéir, il n'a pas le droit de consulter le sentiment, ni d'écouter le cri du cœur. Je dis plus : le législateur a bien fait de respecter la liberté de l'enfant majeur, quand même celui-ci en abuserait. La liberté implique la faculté de l'abus; ne laisser à l'homme que la liberté de faire le bien, c'est aboutir à la servitude, car il faudrait à l'homme un guide qui l'empêchât de dévier de la loi du devoir. Que deviendrait alors sa liberté? Une servitude déguisée. Mieux vaut la liberté avec ses excès, mais aussi avec ses bienfaits (*Principes*, t. II, n° 400).

Les arrêts nombreux qui sont cassés pour excès de pouvoir témoignent que les tribunaux se laissent aller trop facilement à mettre leurs idées, leurs prédilections ou leurs antipathies au-dessus de la loi. C'est d'ordinaire par des considérations d'équité que le juge se permet d'éluder la loi. L'exemple des parlements prouve combien cette tendance est dangereuse. Elle aboutit nécessairement à l'arbitraire, et l'arbitraire est un mal bien plus grand que celui qui peut résulter du conflit de l'équité avec le droit strict. Il n'y a plus rien de stable quand le juge fait la loi au lieu d'en assurer l'exécution. La propriété est la base de notre ordre civil. Cependant il est arrivé que les tribunaux l'ont violée. Les cours d'eau artificiels sont une propriété privée, les riverains n'y peuvent exercer aucun droit; peu importe que l'usage qu'ils

en font ne cause aucun préjudice au propriétaire. Ce n'est pas une question de dommage, c'est une question de propriété. Le juge viole le droit des propriétaires d'usines en permettant aux riverains l'usage des eaux d'un canal, fût-ce sous des conditions qui empêchent tout préjudice : cela est équitable, mais cela est illégal, et l'illégalité ébranle les fondements de la société. Une autre décision, plus étrange encore, obligeait le propriétaire d'une usine de prouver que le canal n'était pas grevé d'une servitude de prise d'eau; le tribunal oubliait la liberté des fonds, aussi précieuse que la liberté des personnes (*Principes*, t. VII, nº 260).

La bonne foi des tiers a entraîné bien des fois les tribunaux à sacrifier le droit strict à l'équité. J'y reviendrai. Pour le moment je citerai un cas dans lequel il n'y a aucun doute. Le code dit que les actes faits par une personne placée sous conseil judiciaire sont nuls de droit. Cela veut dire que le juge doit les annuler, dès qu'il est prouvé que l'acte a été passé postérieurement au jugement qui a donné un conseil au prodigue ou au faible d'esprit. L'équité peut se trouver en conflit avec le droit strict. Un tiers traite avec une personne, ignorant qu'elle était placée sous conseil; ce qui le confirma dans son ignorance, c'est qu'il avait contracté au vu et au su du conseil qui était resté dans l'inaction. La cour de Metz valida l'acte à raison de la bonne foi du tiers : c'était violer l'article 502 par une considération d'équité (*Principes*, t. V, nº 373).

Les auteurs se laissent aller plus facilement que les tribunaux à faire la loi sous couleur d'équité; ils ne sont pas sujets à cassation. Raison de plus pour que leur doctrine soit soumise au contrôle sévère des principes. Leur avis peut être excellent au point de vue de la théorie; cela ne suffit point, il faut encore qu'il soit en harmonie avec la loi et avec les principes qui en découlent; sinon ils font la loi. Les auteurs l'oublient trop souvent. J'en citerai un exemple dans la matière importante du droit de rétention. La doctrine a essayé d'en faire un droit général en

invoquant l'équité. D'après les vrais principes, le créancier n'a qu'un droit, celui d'exiger l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur. Le droit de retenir la chose jusqu'à ce que le débiteur ait rempli ses engagements est une espèce de privilége, que la loi accorde parfois, même dans des cas où il n'y a pas de contrat, par une considération d'équité : c'est une exception au droit commun, donc de stricte interprétation. L'interprète peut-il, par un motif d'équité, étendre le droit de rétention? La plupart des auteurs, et des meilleurs, le disent. C'est supposer que l'équité fait loi, c'est créer une préférence légale sans loi, c'est violer l'article 2094 (loi hyp., art. 9) qui ne reconnaît d'autres causes de préférence que les priviléges et les hypothèques. A tous égards donc, les interprètes font la loi, dans l'espèce; je leur conteste ce droit (*Principes*, t. XXIX, n°s 293, 300).

II. *Les interprètes font un nouveau code civil.*

J'ai dit souvent, dans mon traité des *Principes de droit civil,* que les interprètes modernes sont en train de faire un nouveau code, et que ce nouveau code ne vaut pas l'ancien. L'article 11 dit que l'étranger ne jouit pas des droits civils en France, sauf à titre de réciprocité. Une opinion, qui a trouvé faveur à l'école, fait dire au code que les étrangers jouissent des droits civils, à moins que la loi ne les leur refuse (*Principes*, t. I, n°s 405 et suiv.). Gardienne de la stricte légalité, la cour de cassation a repoussé l'innovation; mais comme les interprètes ne sont pas sujets à être cassés, ils persistent dans une doctrine qui refait le code dans un esprit qui n'est certes pas celui de ses auteurs. Je reconnais que la loi est mauvaise, je l'ai critiquée, mais la critique s'adresse au législateur; en l'introduisant dans le code, les interprètes font la loi, et ils la font mal. Le vrai principe est celui de l'Assemblée constituante: l'étranger devrait être assimilé à l'indigène en ce qui regarde les droits privés. La doctrine n'ose pas et ne peut pas

refaire ouvertement le code civil; elle est gênée par le respect qu'elle doit professer pour le texte : de là une doctrine incohérente. Que les interprètes laissent le soin de corriger les lois au pouvoir que la Constitution investit de cette mission, et qui a seul l'indépendance nécessaire pour la remplir !

L'absence est une matière de théorie plus que de pratique. Si l'on écoutait les auteurs, le code civil serait entièrement changé. La loi dit des envoyés provisoires qu'ils ne sont que des dépositaires, chargés d'administrer; les interprètes leur reconnaissent des droits qui n'appartiennent qu'au propriétaire (*Principes*, t. II, n°s 124-133). Sans doute, les héritiers présomptifs envoyés en possession sont d'ordinaire héritiers véritables, car l'absence légale est le plus souvent la mort. Mais la loi dit le contraire, et de quel droit les interprètes viennent-ils la modifier? Ils le font en vain, car le juge ne peut jamais appliquer une doctrine qui est en opposition avec le texte, et la théorie a, de son côté, des réclamations à faire contre des innovations timides et qui n'osent pas même s'avouer comme telles. Le législateur serait un mauvais juge et l'interprète est un mauvais législateur.

L'état des enfants naturels et leurs droits sont une des parties les plus défectueuses du code civil; tantôt le législateur les oublie en ne leur reconnaissant pas même un droit à l'éducation ni aux aliments; tantôt il les traite avec une dureté excessive, au nom de la morale, qui n'en profite guère; il leur refuse le droit de rechercher leur père, et il rend la recherche de la maternité presque impossible; il les dépouille des biens délaissés par leurs parents au profit de collatéraux inconnus, et il permet aux père et mère de les exclure de leur hérédité, car il ne leur accorde pas de réserve. Les interprètes se sont ingéniés à combler les lacunes, à corriger la loi; c'est dire qu'ils l'ont refaite, mais, comme toujours, ils se trouvent dans l'impossibilité de la bien faire. A chacun sa tâche. Que l'interprète recueille les faits, qu'il propose des améliorations, le législateur finira par les consacrer.

La loi donne au père le droit d'émanciper son enfant mineur. C'est un droit absolu attaché à la puissance paternelle. Donc les tribunaux n'ont pas le droit d'y intervenir. Cependant les auteurs enseignent que le père qui n'a plus la garde de l'enfant ne peut l'émanciper que sous le contrôle de la justice. Il est très-vrai que le père qui n'a pas l'enfant sous les yeux ne peut guère savoir s'il peut et doit être émancipé, mais le législateur n'a tenu aucun compte de cette considération; l'interprète se trouve donc en présence du pouvoir absolu du père, et il est tenu de le respecter (*Principes,* t. V, nº 199). Les auteurs ont encore imaginé une curatelle légale sans loi : peut-il y avoir une curatelle établie par la loi, alors qu'il n'y a pas de loi qui la consacre? C'est la doctrine qui fait la loi, et chaque interprète la fait à sa guise : autant de lois que d'auteurs (*Principes,* t. V, nº 208). Singulières lois ! Elles perdent leur caractère essentiel, celui d'une disposition générale et uniforme. N'est-ce pas là ce que voulait le législateur en codifiant le droit? Et voilà que chaque auteur fait la sienne, et chaque tribunal la fait pour les parties en cause, sauf au même tribunal à faire une loi différente pour d'autres parties !

Et la certitude du droit à laquelle le législateur français tient tant, et avec raison, que devient-elle? Si chaque auteur se mêle de faire le droit, il n'y a plus de droit. L'article 513 défend aux prodigues d'aliéner sans l'assistance de leur conseil. La prohibition est absolue; donc il n'y a pas à distinguer. Cependant chaque auteur a sa distinction. On distingue d'abord entre les meubles et les immeubles, puis on distingue entre les meubles corporels et les meubles incorporels; et on sous-distingue encore pour les meubles corporels. De quel droit? Le prodigue peut vendre ses récoltes, dit M. Valette. En vertu de quelle loi? Il peut vendre les meubles corporels de peu d'importance : où est la loi qui le dit? Il y a une défense absolue d'aliéner : qui permet à l'interprète d'y apporter des exceptions? Aubry et Rau en admettent une pour les meubles sujets à dépérissement ou destinés à être

vendus. Rien de plus rationnel. Mais peut-on déroger à la loi au nom de la raison? (*Principes*, t. V, n° 364.)

Les auteurs du code sont trop attachés à la tradition; ils ont souvent maintenu l'ancien droit, alors qu'il aurait fallu le modifier. Je ne parle pas du dédain que les vieux jurisconsultes, d'accord avec les mœurs, professent pour la richesse mobilière; tout le monde avoue qu'il y a là une réforme à faire, mais il faut pour cela l'intervention du législateur, l'interprète ne peut pas altérer les textes. Il y avait une autre tendance très-prononcée dans l'ancien droit français, c'est qu'il tenait à conserver les biens dans les familles; de là les nombreuses formalités dont il surcharge les donations. Les interprètes s'en sont affranchis en admettant la validité des donations déguisées, ce qui permet de donner sans forme aucune : c'est violer le texte aussi bien que l'esprit de la loi. On fait un nouveau code civil; on innove encore en dérogeant à un texte formel dans la matière du rapport des donations, toujours parce que le code n'est plus en harmonie avec nos mœurs (*Principes*, t. XII, n°s 223, 231; t. X, n°s 546, 576-583). Le juge se laisse aller presque nécessairement à mettre le fait au-dessus de la loi. C'est un motif pressant pour engager le législateur à reviser le code civil, quelle que soit la difficulté de l'œuvre. Les lois perdent leur autorité quand elles sont en opposition avec les sentiments et les idées. C'est un grand mal, car le respect de la loi se perd quand ceux-là mêmes qui l'interprètent et l'appliquent cherchent à l'éluder. Vainement dira-t-on que le moyen de maintenir l'autorité morale de la loi, serait de permettre de l'interpréter suivant les exigences de l'état social; légalement cela est impossible, et une pareille interprétation est pleine de dangers, puisque, sous couleur d'expliquer la loi, on la fait, ce qui veut dire qu'on la viole.

Le mobile qui engage les interprètes à innover n'est pas toujours le désir de perfectionner le droit en le mettant en rapport avec le progrès qui se réalise dans la société; les innovations

qu'ils proposent sont souvent une affaire de vanité. Il y en a qui semblent avoir pour but, en écrivant, de dire le contraire de ce que tout le monde pense. C'est l'affectation de l'originalité, le pire des défauts dans une science qui repose sur la tradition et sur des textes. J'ai souvent combattu cette mauvaise ambition, qui éclate à chaque page chez Marcadé, et qui anime plus d'un auteur moderne. L'amour des nouvautés est surtout funeste dans les livres destinés à la jeunesse. Les jeunes gens sont présomptueux parce qu'ils sont ignorants; ils sont novateurs parce qu'ils sont jeunes, et qu'ils ne connaissent point le passé. Ce sont les défauts de leurs qualités; développons les qualités et combattons les défauts; l'humanité se rajeunit sans cesse, c'est une loi de sa vie, et vivre c'est progresser. Mais il y a un autre élément tout aussi nécessaire, c'est la stabilité; or, notre science est conservatrice par excellence, puisqu'elle est traditionnelle; et la conciliation entre le progrès et la conservation est facile. En interprétant la loi, nous n'avons pas le droit d'innover, mais nous avons le devoir de signaler les lacunes et les défauts. Que ceux qui ne sont pas satisfaits du code proposent leurs théories, mais que ce soit dans un esprit de progrès, et non par une misérable vanité. Quand on parle à la jeunesse, il faut s'abstenir de critiques, et se borner à exposer la raison des choses : la tradition a aussi sa raison d'être, et avant de la critiquer et de la changer, il faut se donner la peine de l'étudier.

§ VI.

RÈGLES D'INTERPRÉTATION.

1. *Il ne faut pas appliquer la loi à un ordre de choses auquel elle est étrangère.*

J'ai exposé, dans le premier volume des *Principes de droit civil*, les règles d'interprétation qui sont consacrées par le *Livre préliminaire* que les auteurs du code avaient rédigé, et dont il ne reste que quelques articles dans le *titre préliminaire*. Il y en a une qui

ne s'y trouve pas, et qui est cependant d'une importance capitale; j'ai eu souvent l'occasion de l'appliquer dans le cours de mes *Principes*. Jusqu'ici j'ai parlé de l'autorité du texte et du respect dû à la loi. Cela ne suffit point; il faut encore que l'on sache dans quels cas le texte doit recevoir son application. Pour cela on doit voir quel est l'objet que le législateur a eu en vue et qu'il a entendu régler, et restreindre par conséquent le texte dans ces limites. Si on les dépasse, on fait donc nécessairement dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire; car il n'a pas pensé à ce qu'on lui fait dire, il n'a pas pu décider ce que l'interprète prétend qu'il a décidé. Cela est d'évidence, et cependant, à chaque pas, la doctrine et la jurisprudence cherchent dans un texte la solution d'une difficulté que le législateur n'a pas prévue. C'est aboutir à une fausse interprétation, en appliquant la loi à un ordre de choses pour lequel elle n'a point été faite.

L'étranger peut-il avoir un domicile en France? On le conteste, et on cite des textes. Or, il se trouve que tous ces textes ont un autre objet que la question qu'il s'agit de décider. L'article 102 dit que le domicile de tout *Français,* quant à l'exercice de ses *droits civils,* est au lieu où il a son principal établissement. On en conclut que le Français seul a un domicile. Cela suppose que l'objet de la loi est de décider si l'étranger peut avoir un domicile; il n'en est rien : elle a voulu distinguer le domicile *politique* du domicile *civil,* et cette distinction ne reçoit d'application qu'aux Français. On cite encore l'article 13, aux termes duquel l'étranger qui a été admis, avec l'autorisation de l'empereur, à établir son domicile en France, y jouit des droits civils, tant qu'il continue d'y résider. Est-ce que l'objet de cet article est de décider si l'étranger peut avoir un domicile en France? Du tout; il donne à l'étranger un moyen d'obtenir la jouissance des droits civils en France : cela n'a rien de commun avec le domicile. Donc encore une disposition que l'on détourne de son objet. Enfin, le conseil d'Etat, consulté sur la question de savoir si l'étranger qui

veut devenir citoyen français, conformément à la constitution de l'an VIII, doit s'établir en France avec l'autorisation du gouvernement, répondit que dans *tous les cas* où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir l'autorisation du gouvernement. Cela veut-il dire, comme on le prétend, que l'étranger ne peut avoir de domicile en France que s'il s'y établit avec autorisation? C'est faire dire au conseil d'État ce qu'il ne pouvait avoir l'intention de dire, car il n'était pas consulté sur la question, il n'a donc pas pu la décider. Ainsi, dans ce seul débat, on cite et on interprète à faux trois textes, parce qu'on les détourne de l'objet que le législateur avait en vue ! (*Principes,* t. II, nº 68.)

Ces interprétations à faux sont si fréquentes, que l'on doit croire que les interprètes, et les meilleurs, ne s'en rendent pas compte. L'article 555 dit quels sont les droits du possesseur quant aux constructions ou plantations par lui faites, lorsque le propriétaire l'évince. Cette disposition a un objet bien déterminé, et elle prévoit un cas tout spécial. C'est un propriétaire qui revendique son fonds contre un possesseur; celui-ci peut être de bonne foi ou de mauvaise foi; la loi définit la bonne foi. Tout est donc certain d'après le texte, et tout devient incertain dans l'application qu'en font la doctrine et la jurisprudence. Pourquoi ? Parce qu'on applique la loi à faux, dans des cas que l'article 555 n'a pas entendu régler, et dans des circonstances tout autres que celles qu'il prévoit : on l'applique à l'usufruitier, qui n'est certes pas un possesseur de bonne ou de mauvaise foi, et sans qu'il soit question de revendication : on l'applique au locataire, qui n'est qu'un détenteur précaire et dont les droits et les obligations dépendent d'un contrat : on l'applique aux cas où le propriétaire agit en nullité, en rescision ou en révocation, donc encore quand il y a entre lui et le détenteur un lien d'obligation, partant en dehors des conditions de l'article. Ne dirait-on pas que les interprètes sont à la recherche du doute, de la controverse et de l'incertitude? (*Principes,* nºˢ t. VI, 271-275.)

Cette même interprétation à faux se rencontre dans le droit aux fruits que les articles 549 et 550 accordent au possesseur de bonne foi. Quel est l'objet de ces articles ? Qu'est-ce que le législateur a entendu décider? La loi a en vue le cas où le propriétaire agit, en vertu de son droit réel de propriété, contre un tiers possesseur. A quels cas les interprètes appliquent-ils les articles 549 et 550? Aux cas d'annulation et de résolution des contrats, c'est-à-dire à des situations toutes différentes de celles que la loi a eues en vue. C'est ce qu'on peut appeler à bon droit des contre-sens juridiques. Voilà comment tout devient incertain dans notre science. Ce n'est pas au législateur qu'il faut s'en prendre, c'est aux interprètes. (*Principes*, t. VI, n°s 239-244.)

II. *Peut-on, pour interpréter une loi, se prévaloir des conséquences qui en résultent ?*

Rien de plus fréquent que cette manière de raisonner et d'interpréter les lois. La disposition qu'il s'agit d'appliquer ne convient pas à l'interprète; il faut lui donner un autre sens. On combat l'explication littérale par la réduction à l'absurde : la loi prise à la lettre conduit à des conséquences injustes, immorales, ou elle est inutile; donc telle n'a pas pu être la pensée du législateur, partant il faut donner un autre sens à la loi. Sans doute, quand la loi est absurde, et qu'il faut chercher l'esprit de la loi, on doit, de préférence, lui donner un sens raisonnable, parce qu'on ne peut admettre facilement que le législateur ait dit un non-sens, juridique ou moral. Mais quand la loi est claire, l'interprète n'a pas le droit d'en éluder l'application en se prévalant de l'absurdité ou de l'injustice auxquelles elle conduirait. Cela revient toujours à invoquer l'esprit de la loi contre le texte, et les auteurs du code ont pris soin de nous dire que cela s'appelle éluder la loi, et éluder la loi, c'est la violer. Eh! qu'importent les conséquences absurdes ou injustes auxquelles une loi peut

conduire? Une loi peut être expressément injuste : telle serait une loi qui rétroagirait en enlevant aux citoyens un droit acquis. Est-ce que par hasard le juge ne serait pas obligé de l'appliquer ? Personne n'oserait le dire, car ce serait mettre le juge au-dessus du législateur en confondant tous les pouvoirs; la souveraineté réside dans le pouvoir législatif, il est l'organe de la volonté nationale, et quand il a parlé, tous doivent obéir, même le pouvoir exécutif, même le pouvoir judiciaire. Et si l'interprète doit obéissance à la loi la plus injuste, puisque je suppose qu'elle consacre une spoliation, à plus forte raison ne faut-il pas invoquer contre la loi les conséquences qui en découlent. Les interprètes sont trop prodigues du reproche d'absurdité, ce sont eux d'habitude qui imaginent et qui créent les conséquences absurdes pour les imputer à la loi. J'ai parlé de l'interminable controverse que les auteurs ont élevée sur l'article 11. Est-il vraisemblable, dit M. Valette, que les rédacteurs du code civil aient été plus rigoureux à l'égard des étrangers qu'on ne l'était dans l'ancien droit ? Peut-on croire, dit M. Demangeat, que le code place les étrangers dans une condition plus dure que ce qui existait au moyen âge ? Voilà déjà des exagérations. Je vais plus loin : au fond, l'article 11 est un écho des XII Tables, l'étranger est un ennemi. Soit. Est-ce une raison pour remplacer une loi barbare par une loi cosmopolite, œuvre de l'interprète? Les conséquences absurdes témoignent que le principe est faux. Soit. Mais si ce principe est celui de la loi? Je renvoie ceux qui font cette éternelle objection contre l'application littérale de l'article 11 à Merlin qui l'a réfutée, anéantie; j'ajoute que la loi fût-elle mille fois absurde, il n'appartient pas à l'interprète de la changer. (*Principes,* t. I, n°s 419-420.)

Cependant on use et on abuse de l'argumentation *ab absurdo* ; je suis donc obligé d'y insister. Le lieu où le mariage doit se célébrer se détermine-t-il par le domicile ou par la résidence ? Question toujours controversée, quoique la loi la décide (art. 74).

On échappe au texte en disant qu'il conduit à une conséquence absurde; c'est que dans un cas qui ne s'est jamais présenté, et qui peut-être ne se présentera jamais, les futurs époux devront attendre que les six mois exigés par la loi soient accomplis. Eh bien, qu'ils attendent! Est-ce que, pour ne pas les faire attendre, on doit violer la loi? (*Principes*, t. II, n° 415.)

Il y a une question plus célèbre et plus importante. Le code (art. 299) déclare l'époux défendeur en divorce déchu des avantages que lui a faits son conjoint. En cas de séparation de corps, la loi ne prononce pas la déchéance : peut-on étendre cette peine à la séparation, sans texte? Oui, dit-on, car il y aurait une inconséquence extrême à punir l'époux défendeur en divorce, et à récompenser l'époux coupable, en cas de séparation de corps. Je réponds, avec Merlin : Adressez-vous au législateur; il ne s'agit pas de ce que le législateur a dû faire, mais de ce qu'il a fait. Il y a plus, la prétendue absurdité est de l'invention des interprètes. La différence que la loi met entre le divorce et la séparation de corps s'explique, comme je l'ai dit ailleurs (t. III, n° 354). Et quand elle n'aurait pas de raison d'être, mieux vaut obéir à une loi absurde, que d'autoriser l'interprète à lui désobéir, dès que, dans son opinion, elle est inconséquente. Respect à la loi, fût-elle absurde ! sauf à en provoquer le changement (1).

III. *Des adages traditionnels.*

Il y a des adages traditionnels concernant l'interprétation des lois. On ne peut pas argumenter du silence de la loi; c'est la fameuse argumentation *a contrario* qui a très-peu de valeur. On ne doit pas distinguer, quand la loi ne distingue pas. Les exceptions sont de stricte interprétation, on ne peut ni en créer, ni les étendre (t. I, n°s 277-279). Ces adages reviennent tous à dire que la règle fondamentale, en matière d'interprétation, est qu'il faut

(1) Comparez le t. IX de mes *Principes*, n° 122.

respecter le texte. C'est ma devise. Toutefois ces adages ont un écueil : on doit se garder de les appliquer mécaniquemment. Le droit n'est pas une science mécanique, et on ne doit pas manier les principes comme des formules algébriques. Notre science procède de la raison, on ne peut jamais séparer les principes des motifs qui les justifient. Appliquer une règle, alors qu'elle n'a plus de raison d'être, c'est l'appliquer à faux, et par conséquent la violer.

Le silence de la loi reçoit bien des interprétations : c'est la raison pour laquelle il est si chanceux de s'en prévaloir. Toutefois cette argumentation est parfois excellente; il en est ainsi quand elle est en harmonie avec les principes, et quand elle vient à leur appui. L'article 482 porte que le mineur émancipé ne peut intenter une action immobilière ni y défendre sans l'assistance de son curateur. De là on induit qu'il peut former des actions mobilières et y défendre sans être assisté. Voilà un argument tiré du silence de la loi, bon, dans l'espèce, parce que, dans le système du code civil, le droit d'intenter les actions mobilières est considéré comme un acte d'administration (*Principes*, t. V, n° 220) (1).

Il en est de même de l'adage qui ne permet pas de distinguer quand la loi ne distingue pas. J'ai bien des fois dit, dans mes *Principes de droit civil*, qu'il faut distinguer quand le motif même sur lequel la loi est fondée nécessite la distinction (2). Voici un cas dans lequel la question est très-controversée. L'article 1384 déclare les père et mère responsables du dommage causé par leurs enfants *mineurs* habitant avec eux. Cette disposition s'applique-t-elle aux mineurs émancipés? Non, à mon avis. On objecte que la loi est générale, et qu'il n'est pas permis à l'interprète de distinguer. Je réponds qu'il faut distinguer quand la

(1) Comparez le t. XXIII de mes *Principes*, n° 303.

(2) *Principes de droit civil*, t. V, n°s 16 et 308; t. XXVI, n°s 31 et 32; t. XXVIII, n° 320; t. XXIX, n° 430; t. XXXII, n° 25.

distinction résulte du principe même qu'il s'agit d'appliquer. Pourquoi le père est-il présumé en faute? Parce qu'il est légalement tenu de surveiller l'enfant mineur; donc il ne peut plus être responsable après l'émancipation, parce qu'il n'a plus le devoir légal de surveillance. (*Principes*, t. XX, n° 558.)

Les exceptions offrent plus de difficultés. On lit dans le *Livre préliminaire* du code civil que les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne peuvent être suppléées; et la cour de cassation a décidé plus d'une fois que les exceptions, étant de droit étroit, ne peuvent pas s'appliquer par identité d'un cas à un autre, ce qui exclut l'application analogique (1). Mais le sens même de la règle est controversé. Je renvoie à ce que j'ai dit de l'interprétation des lois. Le vrai principe est que toutes les exceptions sont de rigoureuse interprétation, et on ne peut les étendre, par la raison qu'il y aurait même motif de décider. C'est l'opinion de Merlin (*Principes*, t. II, n° 404).

La doctrine et la jurisprudence s'écartent assez souvent de la règle : à mon avis, il n'y a qu'un seul cas dans lequel le juge peut étendre des dispositions exceptionnelles, c'est quand l'exception est elle-même une règle; on reste alors sous l'empire du droit commun (2). Dès que l'on s'écarte de la rigueur de ces principes, on tombe dans l'arbitraire le plus absolu, on crée des exceptions, on les étend, d'après les besoins de la cause : c'est, à la lettre, faire la loi.

L'article 1356 déclare l'aveu indivisible. On admet des exceptions à la règle. Fondées sur quoi? Troplong dit, dans un rapport fait à la cour de cassation, que ces exceptions ne sont pas, à la vérité, dans la loi, mais que le *bon sens* les indique, et que la *jurisprudence*, d'accord avec la *raison*, les *sanctionne*. Le *bon sens* permet-il au juge de faire la loi en créant des *exceptions ?* Je viens de rappeler les arrêts de la cour suprême qui décident que le

(1) *Principes*, t. I, n° 277; t. XXXII, n°s 15, 577 et 595.
(2) Voyez des exemples dans mes *Principes*, t. VII, n° 499; t. XXI, n° 268.

juge ne peut pas créer d'exceptions. Si la *jurisprudence* admet des exceptions à l'indivisibilité de l'aveu, elle a tort, car elle fait la loi, et elle n'a pas le droit de la faire (*Principes*, t. XX, n° 198).

Le code de procédure permet d'attaquer les délibérations du conseil de famille (art. 883). Y a-t-il des exceptions résultant de la *nature* des délibérations? On l'admet, mais dans l'application règne la plus grande incertitude. En effet, il n'y a plus de principe. Qui jugera de la *nature* des délibérations? Cela revient au *bon sens* de Troplong. Je demande si c'est pour aboutir à l'arbitraire qu'il y a des lois et des principes? (*Principes*, t. IV, n° 470.)

On voit le grand rôle que les motifs jouent dans l'interprétation des lois. J'ai dit que les principes, c'est tout le droit : j'ajouterai que le motif du principe, c'est tout le principe. Les jurisconsultes romains disent que ce n'est pas connaître les lois que d'en savoir les termes, qu'il faut savoir leur raison d'être pour en déterminer l'effet et la portée. C'est pour cela que j'ai insisté sur les motifs des règles établies par le code, et ces motifs m'ont servi régulièrement à décider les questions controversés. La science du droit ne consiste que dans la connaissance des principes et de leurs motifs. Je touche ici à l'objet principal de ma préface. Quel doit être l'objet de l'enseignement? A mon avis, ce ne sont pas les questions controversées, ce sont les principes. Et c'est parce qu'on néglige les principes dans l'enseignement, que la doctrine et la jurisprudence sont si pleines d'incertitudes et d'erreurs. Ce n'est pas à la légère que je prononce ce mot; et ce n'est pas pour le plaisir de critiquer que je vais critiquer la doctrine et la jurisprudence. Ma conviction est que notre science est engagée dans une fausse voie, que les principes certains lui font défaut. Je dois commencer par le prouver.

§ VII.

LA DOCTRINE ET LA JURISPRUDENCE MANQUENT DE PRINCIPES.

1. *On crée les principes pour le besoin de la cause.*

Les législateurs de la révolution, en ordonnant de codifier le droit, voulaient lui donner la certitude qui lui manquait dans l'ancienne jurisprudence. Le droit coutumier est essentiellement incertain, puisqu'il n'est pas fixé. Il est vrai que le droit romain a des textes et des textes admirables, mais incohérents et contradictoires, ce qui en fait une source intarissable de controverses. Or, rien n'est plus funeste que l'incertitude du droit; les justiciables n'ont plus aucune garantie, puisqu'ils ne savent point par quel droit leurs différends seront décidés, et l'arbitraire du juge est le pire des régimes. Le code civil, rédigé en articles clairs et précis, semblait donner au droit une base fixe et inébranlable. Cependant les interprètes se plaignent que tout est incertain : croirait-on que l'on ne sait point où le mariage doit être célébré, quoiqu'il y ait un texte formel qui le dit (art. 74)? Les interprètes ont tort de se plaindre, car si le droit est devenu une mer de doutes, c'est à eux qu'il faut s'en prendre. S'ils avaient plus de respect pour le texte du code, il n'y aurait guère de controverses. Le texte nous offre des principes certains; dès que l'on s'en écarte, tout devient nécessairement incertain. Vainement a-t-on établi une cour de cassation pour maintenir l'autorité de la loi et l'unité dans son application; la cour, qui devrait plus que toute autre rester attachée à la loi, a de brusques revirements dans sa jurisprudence, preuve évidente que notre science n'a pas de principes certains, et elle n'en aura que lorsque le respect de la loi deviendra la règle invariable de ses décisions. Jusque-là on verra les principes changer d'après les caprices de chaque auteur, et les tribunaux juger d'après la faveur de la cause.

Je vais en citer un exemple mémorable. L'article 299 porte que

l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. Cette disposition doit-elle être appliquée à la séparation de corps? Pendant trente ans, la cour de cassation s'était prononcée pour la négative. Qui n'aurait cru que cette jurisprudence était immuable, puisqu'elle se fondait sur l'autorité du texte? Merlin l'avait dit, et on ne l'a jamais réfuté : pour étendre une disposition pénale du divorce à la séparation de corps, il faudrait être législateur. Eh bien, la cour de cassation a fait la loi en décidant, chambres réunies, qu'il fallait appliquer à la séparation de corps ce que le code dit du divorce. C'était l'opinion de la plupart des cours d'appel ; celles qui s'étaient prononcées pour l'opinion contraire ont plié sous l'autorité de la cour suprême. Ainsi toutes les cours de France s'accordent à mettre leur avis au-dessus de la loi.

Comment ont-elles pu se soustraire à l'autorité de la loi et se faire législateurs? Elles ont créé un principe pour le besoin de la cause : c'est que la séparation de corps est le divorce des catholiques, d'où elles ont conclu que les règles du divorce sont de droit applicables à la séparation de corps. Le principe est imaginaire; le code lui-même le démentit; et dans l'application, les tribunaux le contredisent. Ce que j'affirme ici, je l'ai prouvé ailleurs (*Principes*, t. III, n°s 313, 329, 344, 355) : il m'est permis de tenir ce langage, puisque j'ai pour moi le texte, le nom de Merlin et la jurisprudence des cours de Belgique. La jurisprudence française, en inventant un principe imaginaire, fait un abus déplorable des principes : on les puise dans la loi, on ne les imagine pas contre la loi. Comment veut-on qu'il y ait quelque chose de stable, quand on voit la cour de cassation ébranler le respect de la loi, alors qu'elle a été instituée pour le maintenir?

Le code dit que l'aveu est indivisible. Cependant la jurisprudence, d'accord avec la doctrine, décide qu'il y a des cas où l'aveu peut être divisé. Sur quoi fonde-t-on ces exceptions? Qui permet à l'interprète de déroger à la loi? On chercherait vaine-

ment un principe en cette matière. Dans un rapport fait à la cour de cassation, Troplong invoque le *bon sens*. Depuis quand le bon sens de chaque juge est-il un pouvoir législatif? La cour de Bruxelles prétend que le principe de l'indivisibilité n'est *pas absolu :* et la preuve? Elle ajoute qu'il est des *circonstances* qui peuvent *modifier* le principe. Ainsi les circonstances défont l'œuvre du législateur! (*Principes,* t. XX, n° 198.) En réalité, dans chaque espèce, la cour de cassation établit un principe plus ou moins large, suivant les circonstances de la cause (*ibid.*, n° 202). Je demande, encore une fois, qui lui donne ce droit? Et qu'est-ce que des principes qui varient d'une cause à l'autre? Ces prétendus principes, c'est l'arbitraire du juge.

II. *L'incertitude du droit.*

Là où il n'y a pas de principes et, ce qui revient au même, là où l'on crée des principes pour les besoins de la cause, il n'y a plus de droit. J'ai signalé, à chaque page de mon grand ouvrage, l'incertitude de la doctrine et de la jurisprudence. Pour le moment, il suffira de citer quelques exemples. L'article 1445 dit que le jugement qui prononce la séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande. En faut-il conclure que les actes que le mari fait pendant l'instance sont nuls? La plupart des auteurs distinguent entre les actes de disposition et les actes d'administration. Qui leur donne le droit de distinguer, alors que la loi est générale? La nécessité de la distinction résulte-t-elle de la disposition même? Non; si l'on avait interrogé le motif sur lequel la rétroactivité se fonde, on aurait trouvé une règle d'interprétation certaine, tandis que la distinction imaginée par les auteurs n'a aucun fondement juridique. Aussi la jurisprudence est-elle d'une incertitude extrême, de sorte que les parties intéressées et les tiers ne savent à quoi s'en tenir : tantôt le juge annule les actes, tantôt il les maintient. La justice devient une chance, une loterie (*Principes,* t. XXII, nos 347-350).

Le preneur fait des constructions ou des plantations pendant la durée du bail. Quels seront les droits et les obligations des parties intéressées, à l'expiration du contrat? On ne le sait. La plupart des auteurs appliquent l'article 555 : à mon avis, le texte même qu'ils invoquent témoigne contre eux. Mais est-ce au moins une règle certaine? Non, les auteurs ne s'entendent pas entre eux, et l'on peut, à bon droit, leur reprocher à tous qu'ils sont en contradiction avec eux-mêmes. Dans la jurisprudence, l'anarchie règne en plein. La cour de cassation invoque l'article 555, en l'appliquant à faux; elle repousse l'article 599 que le pourvoi prétendait applicable au bail. La cour de Bordeaux, au contraire, dit qu'il faut s'en tenir à l'article 599. Et un arrêt récent de la cour de cassation semble déserter son ancienne jurisprudence, sans que l'on ose rien affirmer : ce qui fait droit aujourd'hui ne fait plus droit demain (*Principes*, t. XXV, n[os] 180-183). Dans mon opinion, il y a un principe certain; je le puise dans le contrat de bail, et je laisse là l'article 555, qui est étranger aux rapports contractuels, et l'article 599, qui regarde l'usufruitier et dont le sens est également controversé; j'ajoute que mon principe trouve un appui dans la tradition (*ibid.*, n[os] 179 et 180).

Quand y a-t-il chose jugée? Il n'y a pas de question plus difficile, et qui donne lieu à plus de procès. Eh bien, les auteurs ont imaginé une théorie qui, sous couleur d'arrêter les procès, les multiplie, c'est celle des *causes prochaines*. Je l'ai exposée ailleurs (t. XX, n[os] 72-80); il serait trop long de la reproduire ici. Deux mots suffiront pour justifier ce que je viens de dire. Il n'y a pas chose jugée quand la *cause* sur laquelle est fondée la nouvelle demande diffère de celle qui a fait l'objet d'un premier jugement; tandis que la diversité des *moyens* n'empêche pas qu'il y ait chose jugée. Pour empêcher la multiplicité des procès, on transforme la *cause*, sous le nom de *cause prochaine*, en *moyen*. On avoue qu'en réalité, il s'agit d'une nouvelle *cause*, mais l'*intérêt général* veut que ce soit un *moyen*, pour qu'il y ait chose jugée. Or, comme

l'*intérêt* est un point de *fait*, il y a toujours ouverture à contestation (*Principes*, t. XX, nos 72-80). Je cite ce cas, parce qu'il révèle le danger qui résulte du pouvoir arbitraire des tribunaux. Non, l'intérêt général n'est pas un principe, sauf pour le législateur; le juge ne statue pas sur des intérêts, il statue sur des droits; et dès que le droit est établi, il doit le consacrer, sans qu'il puisse invoquer, contre le droit, l'intérêt général. Il n'y a pas de plus grand intérêt pour la société que le maintien du droit.

III. *Les erreurs.*

Les erreurs sont inévitables quand on s'écarte de la loi. Pour mieux dire, la plus grande des erreurs est de ne pas la respecter. Je n'entends pas accuser les juges de manquer, de propos délibéré, de respect à la loi. Ils se trompent souvent en appliquant la loi; c'est quand ils oublient de consulter les motifs qui en sont le complément nécsesaire. L'article 1975 dit que le contrat de rente viagère ne produit aucun effet lorsque la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat. Il a été jugé que cette disposition devait être appliquée à une rente constituée à titre gratuit. On a eu raison de dire que l'arrêt était échappé à la cour de Montpellier. Elle n'aurait pas commis une erreur aussi palpable si elle s'était rappelé les motifs de la loi qu'elle appliquait à faux (t. XXVII, n° 284). Voilà pourquoi, dans mon cours de principes, je développe longuement les motifs des principes : c'est le motif qui fait l'essence des principes et les principes constituent tout le droit.

Les erreurs abondent dans la matière des preuves. Toullier dit : « On ne saurait trop répéter qu'il ne faut pas confondre les *actes* avec les *conventions* qui s'y trouvent. » La distinction est d'évidence, puisque les actes ne servent que de preuve;et autre chose est la convention, c'est-à-dire le fait juridique, autre chose

est l'écrit destiné à la constater (*Principes*, t. XIX, n° 99). Cependant la confusion que Toullier signale n'est que trop fréquente, et, chose singulière, Toullier lui-même ne l'a pas toujours évitée. Un acte authentique n'est pas signé de toutes les parties; cet acte sera nul comme authentique et ne pourra pas valoir comme écriture privée (art. 1318); il n'y aura donc pas de preuve littérale. En faut-il conclure que la convention est nulle ou inexistante? Non, puisque l'écrit ne sert que de preuve. La convention sera valable ou nulle, selon qu'elle réunira ou non les conditions prescrites pour la validité des conventions; elle sera inexistante s'il n'y a pas eu concours de consentement. Tels sont les principes et ils sont élémentaires. On doit les appliquer lorsqu'il s'agit d'une dette solidaire. Duranton enseigne l'opinion contraire, en confondant l'obligation solidaire avec la preuve du contrat. Toullier, dans l'espèce, confond également l'imperfection de l'acte avec l'imperfection de la convention. La jurisprudence est tout aussi confuse. Dans une espèce jugée, sur renvoi, par la cour de Paris, l'arrêt dit que le *contrat* est resté *imparfait* parce qu'il n'était pas *daté* ni *signé*. Il faut répéter avec Toullier que l'imperfection de l'*acte* n'a rien de commun avec l'imperfection de la *convention*. L'arrêt de cassation qui est intervenu dans cette affaire verse dans la même erreur; elle y est même formulée comme principe : « Au défaut de l'aveu des parties, dit la cour, les tribunaux ne peuvent considérer comme *valable* la vente d'une chose excédant la valeur de 150 francs, que lorsqu'il en a été dressé *acte par écrit.* » Ainsi l'*acte* serait une condition requise pour la *validité* de la convention. L'erreur est évidente, puisque l'écrit ne sert que de preuve dans les actes non solennels (*Principes*, t. XIX, n°s 121-122).

L'erreur, ou du moins la mauvaise rédaction des arrêts est presque habituelle en cette matière. On lit dans un arrêt de rejet de la chambre civile qu'une *convention* synallagmatique, pour être *obligatoire*, doit être signée par *toutes les parties*. C'est la confu-

sion signalée par Toullier (*Principes*, t. IX, n° 197). Le *contrat de vente*, dit la cour de cassation, est *nul*, faute de *signature*; cela avait été jugé ainsi par la cour de Liége ; la chambre des requêtes rejeta le pourvoi en déclarant que le tribunal s'était conformé aux dispositions des lois qui règlent les contrats. Non, certes, la loi ne dit pas cela; car elle dirait une hérésie. Dans un autre arrêt, la chambre civile dit que les *formalités* de l'article 1326 doivent être observées pour que le *débiteur* soit *obligé* : toujours la confusion de l'*acte* avec la *convention* (*Principes*, t. XXVII, n° 90).

Il y a, en matière de preuves, d'autres erreurs tout aussi évidentes, et sur des principes également élémentaires. J'ai cité, dans mes *Principes de droit civil*, un grand nombre d'arrêts qui admettent des *présomptions de droit*, ou des *présomptions légales*, sans qu'il y ait une loi qui les établisse. Peut-il y avoir une présomption *légale* sans *loi?* La question seule implique une hérésie. Cette même erreur se trouve à chaque pas chez les auteurs. Il faut donc le dire : les principes manquent à la doctrine et à la jurisprudence. Les interprètes, dans l'espèce, ont été entraînés par la puissance de la tradition. Dans l'ancien droit, les jurisconsultes aimaient à décider par voie de présomptions, c'est-à-dire de probabilités : ils pouvaient le faire, parce qu'il n'y avait pas de loi qui les enchaînât. Sous l'empire du code civil, il n'en est plus ainsi; les interprètes ne peuvent plus créer de présomptions; la loi ne permet au juge d'invoquer des présomptions que dans les cas où, par exception, la preuve testimoniale est admise (article 1353). Hors ce cas, le code ne connaît que des présomptions établies par la loi, et il faut pour cela une *loi spéciale* qui attache la présomption à *certains actes* ou à *certains faits*. Donc quelque probable que soit une chose, la probabilité ne devient une présomption que lorsqu'une loi l'a consacrée. Il suffit de mettre ce texte en regard de la doctrine et de la jurisprudence pour se convaincre de l'erreur où elles tombent en admettant des pré-

somptions *légales* sans *loi :* c'est une hérésie (*Principes,* t. XIX, n° 607, et la *Table,* au mot *Présomptions*).

Voici une autre matière dans laquelle l'erreur est presque générale. De quelle faute le débiteur est-il tenu? Les tribunaux répondent régulièrement que le débiteur est tenu de tout fait dommageable. C'est le principe des articles 1382 et 1383. Il suffit de lire la rubrique sous laquelle se trouvent ces dispositions pour apercevoir l'erreur : elle est palpable. Il s'agit de délits et de quasi-délits, c'est-à-dire de la faute que l'on commet dans les engagements qui se forment *sans convention.* Quant à la faute *conventionnelle,* il en est traité dans l'article 1137 au titre des *Contrats.* Il y a donc deux dispositions, pour les deux catégories de fautes; elles établissent des principes tout à fait différents, comme je l'ai prouvé ailleurs, et cela n'est pas même contestable; donc invoquer les articles 1382 et 1383 en matière de fautes conventionnelles est un contre-sens juridique (*Principes,* t. XIX, n° 230; t. XX, n° 463). Dans la doctrine, il règne d'autres erreurs, sur la théorie des fautes. Le code est d'une clarté mathématique; il établit comme règle que tout débiteur est tenu des soins d'un bon père de famille, c'est-à-dire, de la faute légère *in abstracto,* et il admet certaines exceptions, en très-petit nombre, il n'y en a que trois. Dès que l'on ne se trouve plus dans une de ces exceptions, on reste sous l'empire de la règle. Les auteurs méconnaissent la règle et les exceptions. Duranton prétend que le deuxième alinéa de l'article 1137 a reproduit la doctrine traditionnelle, alors que le premier la rejette, et que les auteurs du code déclarent n'en pas vouloir. Toullier enseigne que la faute de l'article 1137 est celle de l'article 1382, et il fait dire, en conséquence, à l'article 1137 le contraire de ce qu'il dit. D'autres appliquent l'exception, alors qu'ils devraient appliquer la règle. L'anarchie est complète (*Principes,* t. XVII, n° 226).

IV. *Les auteurs et les magistrats font la loi.*

C'est le reproche que j'adresse à la doctrine et à la jurisprudence presque à chaque page de mon cours de *Principes.* Certes les auteurs et les magistrats n'ont pas la prétention de se mettre au-dessus de la loi. Comment se fait-il donc qu'il leur arrive si souvent de décider comme s'ils étaient législateurs? C'est qu'ils méconnaissent les principes, et, par suite, ils font dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Ils oublient que les principes se puisent dans la loi; il faut donc que les interprètes aient le plus grand respect pour le texte, or ce respect leur manque; on dirait que la lettre de la loi leur pèse, ils cherchent à secouer le joug, sans réfléchir que leur mission est d'être les organes de la loi.

Je prends pour exemple le droit de rétention, parce que j'ai pour adversaires des jurisconsultes de premier ordre, Proudhon, Aubry, Rau. On prétend faire de ce droit une règle générale, un droit commun. Et sur quoi se fonde-t-on? Sur des textes auxquels on donne la torture pour leur faire dire autre chose que ce qu'ils disent, et en définitive, les auteurs introduisent dans le code une théorie qui lui est étrangère: ils font donc la loi, bien qu'ils protestent qu'ils se bornent à l'interpréter (*Principes,* t. XXIX, n°s 293 et suiv.). Le tiers détenteur a-t-il le droit de rétention? Oui, dit-on, l'équité le veut. Je demanderai où est écrit ce principe? On le trouve dans une interprétation forcée de l'article 1134. Le législateur a voulu mettre fin à l'équité, c'est-à-dire à l'arbitraire des parlements : serait-ce pour mettre à sa place l'arbitraire de la doctrine? Il est de principe, dit-on, que le droit de rétention appartient à tout détenteur qui a amélioré le fonds dont on veut l'évincer. Encore un principe : celui-ci est évidemment imaginé pour le besoin de la cause. Il en est de même de tous les autres principes que les auteurs mettent en avant : la loi les ignore. Aussi chaque interprète a-t-il le sien, et

repousse celui des autres ; c'est l'anarchie en plein, ce qui arrive toujours quand les interprètes veulent faire la loi. Chacun la fait à sa guise ; il en résulte que l'on a autant de lois que d'auteurs (*Principes*, t. XXIX, n° 299).

Parfois la doctrine et la jurisprudence font la loi, pour la corriger. Ici l'usurpation devient évidente : qui donne à l'interprète le droit de défaire et de refaire l'œuvre du législateur? Le code n'admet comme preuves de la filiation naturelle ni l'acte de naissance, ni la possession d'état, ni la preuve testimoniale ; il en résulte que la recherche de la maternité, quoique la loi la permette à l'enfant, devient presque impossible. On a cherché à échapper à la rigueur de la loi en créant une série de preuves que j'ai appelées extralégales ; on pourrait hardiment les qualifier d'illégales. C'est le législateur qui établit les preuves, l'interprète n'a pas le droit d'en créer. L'esprit de la loi est tout aussi contraire aux preuves extralégales de la filiation que le texte : le législateur a voulu entraver la preuve de la filiation naturelle, et la doctrine et la jurisprudence aboutissent à la faciliter. Faire tout le contraire de ce que les auteurs du code ont voulu faire, cela s'appelle violer la loi sous couleur de l'interpréter (*Principes*, t. IV, n°s 6 et suiv.). Je conviens que le système du code est inique : que le législateur le modifie! Il importe qu'il revise le code, c'est le seul moyen d'empêcher les interprètes de le faire, en usurpant son autorité.

Ce que je dis de la filiation naturelle, je le dis de tous les cas où les juges se mettent à corriger la loi. Voici un arrêt dont l'illégalité est flagrante. Le code accorde aux ouvriers un privilége pour les travaux de conservation, en matière mobilière, il le leur refuse pour les travaux d'amélioration. Que fait la jurisprudence? Ce que la loi refuse, elle le donne sous le nom de droit de rétention? On invoque les *circonstances* et la *nature des choses*. Qui est juge de ces singulières considérations? Les tribunaux. Cela revient à dire que les tribunaux font le droit à leur guise.

A quoi bon alors la codification? (*Principes*, t. XXIX, n° 297.)

Il arrive à la doctrine et à la jurisprudence de porter atteinte à la capacité des personnes, ainsi à la liberté civile, dans leur intérêt, il est vrai, mais en opposition avec la loi. Les prodigues et les faibles d'esprit peuvent-ils s'obliger, dans les limites de leur capacité? Oui, puisque la loi ne le leur défend pas. Ces obligations peuvent-elles être réduites? Non, puisque les conventions sont des lois que le juge doit respecter, et qu'il ne peut altérer que dans les cas prévus par la loi. Voilà les principes tels qu'ils résultent des textes du code. La doctrine et la jurisprudence ne les admettent point. Pourquoi? Parce qu'ils n'offrent pas de garanties suffisantes à des personnes qui de fait sont incapables. Je réponds que si les prodigues et les faibles d'esprit sont incapables de fait, ils sont capables de droit; et qui donne à l'interprète le droit de déclarer incapable celui que la loi déclare capable? N'est-ce point là faire la loi? En réalité, on la fait, puisqu'on assimile aux mineurs émancipés les personnes placées sous conseil; c'est-à-dire que l'on transforme des personnes capables en incapables, et l'on donne aux tribunaux un pouvoir que la loi ne leur reconnaît point, celui de réduire des engagements légalement contractés. Si la loi est mauvaise, qu'on s'adresse au législateur : lui seul a le droit de la changer (*Principes*, t. V, n° 371).

§ VIII.

DE L'AUTORITÉ DE LA JURISPRUDENCE.

Mes critiques s'adressent moins à la jurisprudence comme telle, qu'aux interprètes du code : tous, à mon avis, les uns plus, les autres moins, sont engagés dans une fausse voie. Si j'insiste sur les arrêts, c'est qu'ils ont une autorité que la doctrine n'a point. J'ai dit ailleurs quelle devrait être l'autorité attachée à la jurisprudence : tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt (*Principes*, t. I, n° 281). J'ai rendu hommage aux rares qualités de la race

française, et de la magistrature française, et ce que je dis de la France, je le dis de la Belgique. Mais ce qui ne devrait être qu'une autorité de raison est devenu une domination : je parle de la jurisprudence de la cour de cassation. Les avocats n'osent pas introduire un procès quand ils ont contre eux un arrêt de la cour suprême, parce qu'ils savent que les tribunaux et les cours d'appel craignent de se mettre en opposition avec une cour qui casse leur décisions. Quand il se trouve une cour qui résiste, les plaideurs finissent par plier : à quoi bon intenter un procès, alors qu'on est sûr d'avance d'échouer? Ainsi la cour de cassation exerce un pouvoir que l'on peut appeler tyrannique, un pouvoir plus grand que celui de la loi : les interprètes n'ont pas un respect excessif pour la loi, tandis qu'ils plient trop souvent sous la jurisprudence.

J'ai dit que tel n'est pas l'avis de nos anciens, de nos maîtres. Bouhier, magistrat lui-même, président du parlement de Bourgogne, traitait d'*esprits plébéiens* ceux qui acceptaient servilement la doctrine des arrêts. Merlin qualifie avec une grande sévérité les arrêts qui, selon lui, ne font pas jurisprudence. Demolombe, qui d'ordinaire plie devant la jurisprudence, dit cependant très-bien que la jurisprudence, quand elle s'écarte de la loi, aboutit à un système incohérent, très-peu conséquent, et plein d'impuissance : les tribunaux ne peuvent pas faire ce que le pouvoir législatif a seul mission et capacité de faire (*Principes*, t. X, n° 89). Je voudrais détourner les interprètes de cette voie dangereuse. C'est pour cela que j'ai prêché le respect de la loi dans les trente-deux volumes de mes *Principes*. Je m'adresse toujours à mes jeunes lecteurs; pour que les interprètes respectent la loi, il faut qu'on les élève dans ce respect. J'ai eu ce bonheur en suivant les cours de MM. Ernst frères, à l'université de Liége; mon ambition est de répandre partout le profond respect de la loi, dans lequel j'ai été nourri. C'est pour cette raison que je me permets de critiquer la jurisprudence et la doctrine.

Les lois et les principes se confondent, puisque c'est dans la loi et dans la tradition, qui l'interprète, que nous devons puiser les principes. C'est parce que la jurisprudence n'a pas de principes, qu'il lui arrive, sans qu'elle s'en doute, de faire la loi, au lieu de se borner à l'appliquer. Le code ne dit pas, comme le fait Pothier, que la propriété est limitée par les droits d'autrui. Mais la limitation résulte de la coexistence des hommes dans l'état de société. M'appuyant sur la tradition, j'ai posé comme principe que le droit du propriétaire n'est limité que lorsqu'il est en conflit avec le droit égal d'un autre propriétaire; il ne suffit pas qu'il cause un préjudice en usant de son droit, il faut de plus qu'il ait lésé le droit de son voisin. Dans une matière aussi délicate, on ne saurait être trop précis. Eh bien, cette précision manque à la doctrine, et bien plus encore à la jurisprudence. Les arrêts disent presque tous qu'un propriétaire ne peut pas *nuire* à son voisin; ce qui implique que dès qu'il y a préjudice, celui qui l'a causé est responsable, quand même il n'aurait lésé aucun droit. Une pareille doctrine viole le droit de propriété, sous couleur de le restreindre (*Principes*, t. VI, n°s 136-138).

Certes, il n'y a pas un magistrat qui ne proteste de son respect pour la propriété, et néanmoins que d'arrêts j'ai critiqués pour l'avoir méconnu! Le canal d'une usine cause du dommage ou des désagréments aux riverains; il faut donc présumer, dit une cour, qu'en compensation ils jouissent du droit d'arrosage, sauf au propriétaire de l'usine à prouver qu'il a l'usage exclusif des eaux. Double hérésie! La cour crée une présomption que la loi ignore et elle grève la propriété d'une servitude alors que tout fonds est libre (*Principes*, t. VII, n° 264).

Quand on s'écarte de la loi, il n'y a plus de base fixe pour l'interprète : de là ces révolutions qui se produisent dans la jurisprudence de la cour de cassation. J'ai déjà signalé la jurisprudence romaine de la chambre civile en matière de réserve; doctrine qui fut vivement critiquée par les auteurs, et que les chambres

réunies finirent par condamner. Même révolution dans la question des reprises de la femme : est-ce un simple droit de créance, ou est-ce un droit de préférence? Dans l'ancien droit, une jurisprudence séculaire avait décidé que la femme était simple créancière. Sous l'empire du code civil, on avait jugé de même pendant quarante-huit ans. Voilà qu'en 1853 et en 1854, la cour de cassation changea subitement de doctrine. De vives réclamations s'élevèrent contre cette innovation, qui avait contre elle la tradition, le texte et l'esprit de la loi. En 1858, la question fut portée devant les chambres réunies; il fallut un délibéré de trois jours pour faire revenir la cour suprême d'une erreur que l'on peut dire évidente (*Principes*, t. XXII, n°s 527-529). Il y a bien de ces brusques changements dans la jurisprudence : ils devraient donner aux interprètes le courage de leur opinion, ce qui après tout est un devoir de conscience.

Les erreurs de principes abondent dans la jurisprudence. J'en ai déjà cité plus d'une dans cette préface. Il y a des arrêts que j'ai qualifiés d'incroyables. En voici un exemple. L'article 2044 porte que la transaction doit être rédigée par écrit. Cela veut-il dire que la transaction est un contrat solennel? La cour de Caen dit que les termes impératifs de cette disposition ont *évidemment* eu pour objet de subordonner l'*existence* de la transaction à ce qu'il en soit donné acte. Ce que la cour dit être une *vérité évidente* est une *évidente erreur* et une erreur inexcusable, car elle est condamnée par les travaux préparatoires et par les principes qui régissent les contrats inexistants. Merlin s'était prononcé sur la question; il fallait au moins l'écouter (*Principes*, t. XXVIII, n° 367).

La cour de Colmar a admis la preuve testimoniale du prêt d'un immeuble. On lui opposait l'article 1341 : elle répond que le *prêt* est un *fait* plutôt qu'un *contrat*. Quoi! le prêt se forme par concours de volontés, et il n'en résulterait pas une convention! La cour avait oublié d'ouvrir le texte du code : elle y aurait trouvé un titre sur le *Contrat de prêt* (art. 1875). Il y a quelque chose de

plus incroyable que cette décision, c'est que Troplong en a pris la défense. Sans doute parce que tous les auteurs la critiquent : ils n'ont pas vu, dit-il, une *nuance* de l'*arrêt*. Quelle est cette nuance? C'est qu'il s'agissait de prouver le fait de possession, et la possession se prouve toujours par témoins. Oui, quand le possesseur n'invoque aucun lien de droit; mais, dans l'espèce, il prétendait avoir emprunté, et est-ce que l'*emprunt* est un *fait?* (*Principes,* t. XXVI, n° 462.)

C'est parce que la jurisprudence a une autorité qu'elle ne devrait pas avoir, que le devoir du jurisconsulte est de la soumettre à une critique sévère. C'est ce que j'ai fait : approuvant les excellents arrêts que je rencontrais, critiquant les mauvais. Qu'on me permette de le dire : c'est la partie la plus utile de mon ouvrage. La plupart des auteurs se bornent à citer des arrêts en masse pour établir la jurisprudence. Et quand on y regarde de près, on trouve que la plupart des décisions sont étrangères à la question, d'autres ne sont pas motivées, je ne parle pas de celles qui interprètent la loi à faux. La jurisprudence est devenue une autorité qui égale, qui dépasse celle de la loi; on doit donc l'interpréter et la discuter pour la réduire à sa véritable valeur : c'est une autorité de raison, mais il faut pour cela qu'elle ait raison.

Dans un ouvrage écrit en Belgique, j'ai naturellement cité la jurisprudence de nos cours. Les auteurs français ne le font point. Ils ont tort. Chose singulière, ils invoquent les arrêts rendus par les cours de Bruxelles et de Liége, pendant la réunion de la Belgique à la France. Dalloz rapporte encore les arrêts de 1815 à 1830. Après cela, les citations deviennent très-rares, et il y a des auteurs et des meilleurs qui ne citent jamais un arrêt belge. Est-ce ignorance? est-ce négligence? ou serait-ce dédain? Le dédain serait très-déplacé. Je ne crains pas de le dire, la jurisprudence de notre cour de cassation est plus sûre que celle de la cour de cassation de France : on n'y rencontre pas de ces brusques

revirements qui font de l'application des lois une loterie. C'est que nos cours ne prononcent pas sans en avoir délibéré, tandis qu'en France, les arrêts rendus après délibération sont une exception. Interpréter les lois et les appliquer est chose si difficile, que les magistrats devraient bien prendre la peine de réfléchir, et de discuter, avant de juger.

Nous ne connaissons pas en Belgique le dédain des choses étrangères. J'applaudis à la vérité partout où je la trouve, et je critique les décisions de nos cours quand elles me paraissent contraires aux principes. C'est ce que j'ai fait pour la jurisprudence de notre cour de cassation concernant les pactes successoires, c'est-à-dire, la question de savoir si un acte inexistant peut être confirmé. Je dois m'y arrêter un instant parce que la doctrine de la cour prouve que d'excellents jurisconsultes ignorent parfois les principes les plus élémentaires. Un acte inexistant donne-t-il lieu à une action en nullité? Oui, dit la cour, l'article 502 dispose que les actes passés par l'interdit sont nuls *de droit*, et néanmoins ces actes donnent ouverture à une demande en nullité, et par suite à la confirmation. J'ai répondu que c'est une erreur, et cela est certain. Les actes nuls *de droit* ne sont pas des actes nuls de *plein droit*, comme dit l'article 1117 ; ce sont des actes annulables, mais que le juge *doit annuler*, dès qu'il est prouvé, dans l'espèce, qu'ils ont été passés postérieurement à l'interdiction. Tandis que les actes nuls de *plein droit* ne doivent pas être annulés : conçoit-on qu'on *annule le néant?* Donc ils ne peuvent être confirmés (*Principes*, t. XVIII, nº 577).

§ IX.

LES AUTEURS.

1. *Merlin.*

J'ai dit plus d'une fois que Merlin est le plus grand des jurisconsultes modernes. Il a le respect de la loi, à tel point que

Troplong, qui semble l'envier, l'accuse de matérialisme; il est logicien à outrance, et il aime à consulter la tradition, dans laquelle il a été élevé. Comment donc se fait-il qu'il se soit trompé si souvent? On peut le dire sans lui faire injure, puisque lui-même a rétracté beaucoup d'opinions qu'il avait émises dans ses réquisitoires, et parfois il lui est arrivé de rétracter ce qu'il aurait dû maintenir. J'ai dit, dans cette Préface, que la tradition, et surtout la tradition romaine, égare les meilleurs jurisconsultes quand ils veulent transporter dans le code civil un droit qui n'est plus que de l'histoire. Merlin est excusable d'être traditionnaliste, car il a été élevé dans l'ancien droit et dans le culte du droit romain (*Principes,* t. VIII, n° 348). Mais il importe de constater que l'autorité du droit romain l'a trompé; ses erreurs doivent être un enseignement pour les interprètes. Il y a un droit qui mérite encore plus notre respect que le Digeste, c'est le code civil : c'est le texte de nos lois qu'il faut avant tout consulter, sauf à l'interpréter, s'il y a lieu, par l'histoire.

Je citerai comme exemple une des questions les plus controversées du code civil : l'héritier apparent peut-il aliéner? le véritable héritier doit-il respecter ces aliénations quand il agit en pétition d'hérédité? Merlin reconnaît que l'héritier apparent n'est pas propriétaire, que par suite il ne peut aliéner. Mais, dit-il, la règle souffre une exception. Ici déjà il faut arrêter le grand jurisconsulte. La règle est fondée sur des textes et sur les principes qui en découlent : appartient-il à l'interprète de créer des exceptions? N'est-ce pas le cas de dire que ce serait faire la loi? Le législateur seul peut déroger aux règles qu'il établit. Est-ce dans le code civil que Merlin va chercher son exception? Non, c'est dans le droit romain. Il ne se dit pas que le droit romain n'est plus que de l'histoire, il le cite comme on citerait un texte de nos codes. Voilà l'erreur; elle a entraîné les auteurs et la jurisprudence française. Pour mieux dire, tout est confusion dans ces longs débats : chaque auteur a son principe, et chaque cour fait

la loi. C'est l'anarchie en plein. Si, au lieu de consulter l'équité et l'ancien droit, les interprètes avaient ouvert le code et s'en étaient tenus aux principes, il n'y aurait jamais eu de controverse, car les textes sont clairs et les principes ne laissent aucun doute (*Principes,* t. IX, n° 562-564). C'est ce qu'ont fait les cours de Belgique.

On dirait que Merlin renverse cette méthode que le respect de la loi impose à l'interprète ; il consulte avant tout la tradition, et il est si naturel qu'il la retrouve ensuite dans le code. Qu'est-ce qu'un testament? L'article 895 en donne la définition. Eh bien, ce n'est pas dans le code Napoléon que Merlin la cherche, il ouvre des commentaires sur le droit romain, et il y trouve la règle suivante : « Point de testament sans *expressions* qui indiquent *manifestement* l'intention de disposer à cause de mort. » Merlin ne se demande pas si le code a consacré cette définition, il n'en doute pas, tant il est vrai qu'il vit dans la tradition. Cependant il suffit de lire l'article 895 pour se convaincre que la doctrine de Merlin ajoute au texte ; la loi dit bien que le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus ; elle ne dit pas qu'il faille des *expressions* qui indiquent *manifestement* l'intention de disposer à cause de mort. Or, ajouter à la loi une condition, c'est faire la loi (*Principes,* t. XIII, n° 179).

Je citerai encore un cas dans lequel la tradition coutumière a égaré Merlin. Quand la femme veuve peut-elle renoncer à la communauté? Dans l'ancien droit, elle était obligée de faire inventaire, alors même qu'elle renonçait dans le délai de trois mois et quarante jours. Merlin dit que le code a consacré la tradition ; il suffit de mettre en regard le texte du code et l'article de la coutume de Paris pour prouver l'erreur. L'article 237 de la coutume portait : « Il est loisible à toute femme de renoncer, après le trépas de son mari, à la communauté, *en faisant faire bon et loyal inventaire.* » Le code reproduit-il cette condition? Non; l'article 1453 ne l'exige pas, et l'article 1456 ne prescrit l'inventaire

que si la femme veut *conserver la faculté ae renoncer*, c'est-à-dire si pour le moment elle ne renonce pas. Merlin transporte donc dans le code une disposition de la coutume de Paris, que les auteurs du code ont retranchée. Si, avant de consulter la coutume, il avait ouvert le code, il ne se serait pas trompé (*Principes*, t. XXII, n° 395). Tâchons de tirer profit des erreurs du célèbre jurisconsulte !

II. *Troplong*.

Marcadé a écrit son commentaire du titre de la *Prescription* pour combattre les erreurs de Troplong; et Mourlon a soumis à un examen critique le traité du célèbre jurisconsulte sur les *Priviléges*. Si l'on voulait dresser le catalogue complet des erreurs de Troplong, il faudrait des volumes. Il manque absolument de principes. Quand on l'entend traiter de *matérialistes* et de *formalistes* Merlin et tous ceux qui s'attachent au texte, on pourrait croire que c'est là un principe, et que l'auteur préfère par système l'esprit de la loi à la lettre. Il n'en est rien. Ce sont des principes forgés pour le besoin de la cause : il plaide le pour et le contre, selon l'intérêt qu'il a de s'écarter du texte ou de s'y tenir. D'ordinaire le texte le gêne : alors il parle avec dédain des légistes *méticuleux* qui s'attachent à l'*écorce des mots*, et qui sont plus préoccupés du *matérialisme d'une formule* que des *grandes vérités de la morale* (*Principes*, t, XIII, n° 21, p. 24). La critique s'adresse à Merlin. Troplong ne ménage pas plus la cour de cassation, dont il a été le président. Dans une controverse sur le droit que la caution solidaire a d'invoquer le bénéfice de l'article 2037, la cour invoque le texte qui est, en effet, décisif. Que répond Troplong ! « Ces raisons de texte, si *crues* et si *matérielles*, sont *désespérantes*. Si la loi devait toujours être interprétée de cette *façon machinale*, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les codes écrits... Un point de droit n'est solidement établi dans la science qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec

l'esprit de la loi. Citer le texte seul, *sèchement* et *judaïquement*, c'est prendre la *moitié la moins décisive* de l'autorité légale et négliger la *meilleure* (*Principes*, t. XXVIII, n° 304). J'ai répondu d'avance à ce manifeste; je lui oppose l'opinion que les auteurs du projet de code civil ont formulée dans le *Livre préliminaire* : « Quand une loi est claire, il ne faut pas en *éluder* la *lettre* sous *prétexte* d'en pénétrer l'esprit. » Dans l'espèce, Troplong a contre lui le texte, il a contre lui la tradition française, il a contre lui les travaux préparatoires : où donc va-t-il chercher l'esprit de la loi ? Dans Casarégis !

Voilà le manifeste de Troplong. Est-il au moins sérieux ? L'auteur brille par l'imagination plus que par l'esprit juridique; on conçoit qu'il se trouve mal à l'aise dans les entraves d'un texte : mais quand par hasard le texte favorise une de ses opinions, il devient aussi *matérialiste* et aussi *judaïque* que Merlin et la cour de cassation. La veuve qui ne fait pas inventaire dans les trois mois et quarante jours est déchue de la faculté de renoncer, et tenue des dettes au delà de son émolument. Cela a paru trop rigoureux aux interprètes, ils éludent la loi pour la concilier avec l'équité : « Nous concevons, dit Troplong, que l'intérêt qui s'attache à la position de la veuve fasse interpréter la loi avec autant d'équité que possible, mais il ne faut pas aller jusqu'à la *violer*... *Nulle cause n'est assez sacrée pour donner au magistrat le droit de substituer sa volonté à celle du législateur*. L'équité *cérébrine* est le plus grand des dangers; elle ôte toute confiance, elle laisse les justiciables sans boussole et sans guide » (*Principes*, t. XXII, n° 400). Paroles d'or, que Troplong oublie trop souvent !

Troplong n'aime pas les textes : a-t-il un autre principe ? Il préfère l'esprit, et, d'ordinaire, il va le chercher dans la tradition. Troplong aime l'histoire, il a lu les vieux livres, mais c'est une science indigeste, le plus souvent inutile, et parfois trompeuse. Quand un point de droit est établi par le texte du code, à quoi bon citer des auteurs que personne ne lit plus, alors que ces

auteurs n'apportent aucune lumière nouvelle dans le débat ? Il y a un écueil dans cette science, et Troplong ne l'évite pas; il transporte dans le code civil la tradition romaine, et il le fait systématiquement, parce que, selon lui, le code n'a fait que reproduire les anciens principes. La vérité est qu'il innove à chaque pas. C'est ainsi que Troplong s'est trompé, à la suite de Toullier, sur la question de l'incapacité du mineur, que j'ai touchée dans cette préface (*Principes,* t. XVI, n° 53) (1).

On trouve dans la tradition tout ce que l'on veut y chercher, surtout quand on en abuse comme Troplong, jusqu'à opposer *Casarégis* au texte du code civil. Les travaux préparatoires sont une mine également féconde où puisent volontiers ceux qui aiment à s'écarter du texte, ne fût-ce que par affectation d'originalité. On peut lire, dans mon cours de *Principes,* comment Troplong s'est emparé d'une parole de Portalis, parole qui était une erreur, pour en faire une vérité légale. Puis il élève ce mode d'interprétation à la hauteur d'une théorie : il appelle cela les *motifs* de la loi, auxquels il faut donner l'autorité qui leur appartient (*Principes*, t. XII, n° 37). Avec un pareil système d'interprétation, il n'y a rien qu'on ne puisse soutenir, quand on est doué d'une vive imagination. C'est un beau don de la nature, mais qui n'est guère d'usage en droit. J'ai raconté ailleurs le paradoxe de Troplong sur la réalité du louage, et par quelle phraséologie il défend une thèse imaginaire. C'est un trait caractéristique de notre auteur; je dois m'y arrêter. On a comparé Troplong à Papinien. Ceux de mes lecteurs qui ont ouvert le Digeste jugeront si la manière de l'académicien français est le langage sévère du jurisconsulte romain.

Quelle est la force probante du testament olographe? La question est de toute simplicité quand on s'en tient au texte de la loi : c'est un acte sous seing privé, et il fait foi comme tel Si la

(1) Comparez ce que Troplong dit de la présomption *Quintus Mucius* (t. XXIII, n° 116), et de la quasi-propriété qu'il reconnaît au mari sur la dot (t. XXIII, n° 172).

question est devenue difficile, la faute en est à la jurisprudence de la cour de cassation qui méconnaît les principes les plus certains. Troplong a encore obscurci les ténèbres. Quand on l'a lu, on ne sait pas si le testament olographe est un acte sous seing privé ou un acte authentique : c'est un acte imaginaire. « Le testament olographe, dit-il, est *tout aussi solennel* que le *testament authentique*, en ce sens qu'il porte avec lui la preuve de ce qu'il contient. » Cela veut-il dire que c'est un acte authentique ? « Le testateur est placé, *en quelque sorte*, à la hauteur d'un *officier public*, qui imprime la *certitude* à l'*acte* dont il est le *ministre !* » Qu'est-ce à dire? Le testateur n'est pas un officier public, il l'est *en quelque sorte :* faut-il aussi dire du testament olographe que ce n'est pas un acte authentique, que c'est *en quelque sorte* un acte authentique Est-ce là le langage de nos maîtres ? Malheureusement il y a, au fond de cette phraséologie, une erreur de droit, la confusion de la *solennité* d'un acte avec la *force probante de l'acte* (*Principes,* t. XIII, n° 229) : je renvoie à mon cours de *Principes.*

Les amplifications de Troplong et son langage pompeux peuvent faire illusion à ceux qui ignorent le droit, à ceux qui ne connaissent pas la langue simple et mathématique des jurisconsultes romains. Quand on analyse ses phrases académiques, qu'est-ce qui reste ? Il compare le *bail* à un *levier* que l'industrie *attache* au *sol* pour l'exploiter ; or, une *machine* est *immeuble* comme l'*usine* dont elle active le service. Est-ce là la définition du code? La *terre* devient une *usine*, et le bail, *droit incorporel* (d'après la terminologie du code), une *machine immobilière* par *destination agricole.* Troplong avoue que la comparaison n'est qu'une forme *pittoresque* qu'il donne à sa pensée ; il revient à un langage *plus scrupuleux :* « N'est-il pas *certain* que le *droit* du bailliste, restant *incorporé* à l'*immeuble* pour le suivre au milieu de tous ses *déplacements*, doit participer de sa nature, et prendre place parmi les *droits immobiliers?* » Que l'on me montre dans le texte du code que le *droit* du *preneur* est *incorporé* à l'*immeuble*, et qu'il le suit

dans *tous ses déplacements!* Troplong a vivement critiqué, et avec raison, l'expression de *droit incorporel* dont le code se sert. Ecoutons ce que devient le droit sous sa plume : « Le *droit* du preneur *enveloppe* l'immeuble et lui *adhère*, pendant toute la durée du bail. » Ainsi le *droit* est l'*enveloppe* d'un *immeuble :* quel langage et quelles idées! (*Principes*, t. XXV, n° 17) (1).

Que deviennent les principes dans ce déluge de phrases? Les phrases deviennent des principes, et comme les phrases ne sont que des mots, il n'y a plus de principes. Les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers, de même que le mariage dont elles sont un accessoire. C'est une dérogation à la règle établie par l'article 1165. Troplong semble admettre une restriction, et distinguer entre les conventions qui sont favorables aux tiers, et celles qui les blesseraient. Sur quoi cette distinction se fonde-t-elle? Elle ne se trouve pas dans la loi, et elle ne résulte pas des motifs de la loi. Ecoutons Troplong : « Si le public est intéressé aux contrats de mariage, de telle sorte que ce pacte soit une charte *offerte au crédit*, c'est une raison de plus pour *n'y donner autorité* qu'aux *dispositions approuvées par les principes*, et *compatibles avec les règles de la confiance, de la bonne foi, de la raison.* » Qu'est-ce que cela veut dire? Je n'en sais rien : ce sont des mots qui ne présentent aucun sens juridique (*Principes*, t. XXI, n° 154). Puis Troplong donne à l'acte notarié qui contient les conventions matrimoniales une force probante plus grande qu'aux autres actes, en confondant les *conventions* avec l'*écrit* qui les constate : « Il n'y a pas de *contrat* plus *solide* et plus *respectable*; il n'y en a pas qui serve de preuve *plus authentique*, plus *ferme* et plus *complète.* » Je demanderai s'il y a par hasard deux espèces d'authenticité, l'une *complète*, l'autre *incomplète?* Troplong continue : « Ses énonciations sont réputées être la *vérité même.* » Où cela est-il dit?

(1) Comparez la phraséologie variée que Troplong emploie pour combattre l'opinion générale sur la question de savoir si la confirmation du mariage contracté par un mineur couvre la nullité des conventions matrimoniales (*Principes*, t. XXI, n° 52).

Principe imaginaire! Pourquoi l'acte est-il la *vérité même?* « Parce qu'on ne *suppose pas* qu'un *contrat* qui est un *pacte de famille si solennel* recèle *aucune dissimulation,* et serve d'auxiliaire à des *subterfuges.* » La confusion entre le *contrat* et l'*acte* est patente, et l'erreur complète. Encore ne sait-on pas quelle est l'opinion de l'auteur : il la noie dans ses phrases (*Principes,* t. XXI, n° 155).

Je me sers du mot *erreur,* que je me permets rarement de prononcer. Mais comment qualifier autrement des hérésies comme celles que je vais citer ? Le tiers détenteur a-t-il le droit de rétention? Non, dit Troplong, parce que la loi ne le lui donne pas. Mais selon lui, il a un privilége. Est-ce que la loi lui donne ce privilége ? Non. Et y a-t-il un privilége sans loi ? Non. Troplong dit que la préférence du tiers détenteur n'avait pas besoin d'être écrite dans des textes, parce qu'elle est inhérente à la plus-value que le possesseur procure au fonds. Ainsi il y a des *priviléges tacites,* alors qu'il est de principe élémentaire que le privilége n'existe qu'en vertu de la loi! (*Principes,* t. XXIX, n° 299.)

Dans la difficile matière de la subrogation, Troplong enseigne que la *caution* est un *débiteur principal,* tandis que le *tiers détenteur* est un *obligé accessoire.* C'est créer un nouveau langage en même temps qu'un nouveau droit. On a répondu à Troplong en l'accablant de textes : tout le titre du *Cautionnement* témoigne contre lui. Où a-t-il puisé cette hérésie ? Dans la tradition. Si, au lieu de consulter *Huberus,* il avait ouvert Pothier, il y aurait lu ce que l'on apprend aux élèves, que l'obligation des fidéjusseurs est *accessoire* à celle du *débiteur principal,* et un débiteur *accessoire* peut-il jamais être un débiteur *principal* (1) ? (*Principes,* t. XVIII, n° 125.)

Il y a une loi romaine connue sous le nom de *Quintus Mucius,* qui veut que toute valeur dont la femme ne prouve pas l'origine soit présumée lui venir de son mari. Troplong transporte cette

(1) Comparez ce que Troplong dit sur l'article 1252. Encore une erreur! (*Principes,* t. XVIII, n° 132.)

présomption dans le code civil, au mépris de tous les principes. La présomption concerne le régime dotal; Troplong l'applique au régime de communauté. On ne sait pas même si l'on admettait la présomption dans l'ancien droit; en tout cas, elle est abrogée avec le droit romain, et sous l'empire du code civil, il faut une *loi spéciale* pour qu'il y ait présomption. Troplong oublie les textes et les principes, pour ressusciter une présomption romaine. Voilà une science indigeste, s'il en fut jamais, car elle aboutit à une hérésie juridique, à une présomption *légale* sans *loi* (*Principes,* t. XXIII, n° 416).

Le droit romain, tel que Pothier l'interprète, donne au mari la propriété de la dot. C'est une fiction que le code ignore; il dit que le mari *administre* les biens dotaux. En dépit du texte, Troplong qualifie le mari de propriétaire de la dot, mais il n'ose pas dire que c'est une vraie propriété : c'est une *quasi-propriété*. Qu'on veuille bien me dire ce que c'est qu'une *quasi-propriété!* Le mot est imaginaire, comme la chose qu'il doit désigner (*Principes,* t. XXIII, n° 472).

On est confondu de voir des erreurs sur les principes les plus simples dans un auteur qui a eu l'honneur d'être le premier président de la cour de cassation. Je me suis permis de dire que dans telle opinion de Troplong, qu'il enseigne dans son Contrat de mariage, il y a presque autant d'erreurs que de mots, et je crois l'avoir prouvé (*Principes,* t. XXIII, n° 300). Cependant personne ne contestera à l'auteur le talent et la science. Mais sa science même le trompe à chaque instant, parce qu'il transporte dans le code civil un droit qui n'est plus que de l'histoire. La cause de toutes ses erreurs, et elles sont nombreuses, c'est qu'il manque de principes, et pour être juste, il faut ajouter que ce défaut est plus commun qu'on ne le pense.

III. *Demolombe.*

Je n'aime pas à critiquer des auteurs vivants et recommandables; mais j'ai été obligé de le faire dans mon ouvrage des

Principes de droit civil; et je suis encore forcé de résumer ici mes critiques, puisqu'il s'agit de prouver la nécessité d'enseigner les principes. Or, s'il y a un reproche à faire à M. Demolombe, c'est qu'il n'a point de principes. Ce n'est pas qu'il les ignore, mais il les sacrifie aux faits. Pour caractériser sa manière, je citerai ce qu'il dit des actes faits par l'héritier apparent : faut-il les maintenir? faut-il les annuler ? M. Demolombe ne veut pas de système absolu, ni le principe de la nullité, ni celui de la validité; il veut faire à chaque principe sa part. Le législateur pourrait tenir ce langage; mais l'interprète? L'auteur distingue : il maintient les actes nécessaires, il annule les actes qu'il appelle volontaires. Qui déterminera les actes qui sont volontaires ou nécessaires ? Le juge. Tout dépendra donc des circonstances de la cause, et de l'appréciation du tribunal. Est-ce là le but que le législateur a eu en vue, en codifiant le droit ? Si, au moins, M. Demolombe restait fidèle à sa distinction! Il l'oublie quand il arrive à la question de l'aliénation consentie par l'héritier apparent. Les aliénations sont-elles un acte nécessaire? Non, certes; cependant l'auteur les valide. Pourquoi ? Il avoue que le système de la nullité est le plus *juridique* et le plus *vrai théoriquement*. Pourquoi donc le rejette-t-il ? C'est que « les hommes mêlés à la pratique et au mouvement des affaires disent que c'est une nécessité de maintenir les ventes faites par l'héritier apparent. » Ainsi il y a deux droits, deux vérités : un droit théorique et un droit pratique, et une chose vraie en théorie peut être fausse en pratique. Que le législateur fasse ces distinctions, je le comprends : les auteurs du code ont plus d'une fois préféré l'utilité à la rigueur des principes. Mais l'interprète! Que devient la science du droit, si on la subordonne aux exigences des hommes de pratique? En France, ils demandent que l'on maintienne les aliénations faites par l'héritier apparent; en Belgique, ils les annulent. Cependant les deux pays sont régis par les mêmes lois : vérité d'un côté de la frontière, erreur au delà. Pascal s'est moqué des lois qui

varient d'après les frontières : qu'aurait-il dit d'un droit qui change selon le sentiment des avocats et des notaires? (*Principes*, t. IX, nos 555 et 565.) M. Demolombe essaye de donner une base *rationnelle* à son opinion, tout en avouant que le système de la nullité des actes est le plus *logique*, le plus *véritablement juridique*. Une base *rationnelle*, alors que l'on reconnaît que l'on a contre soi la *logique* et le *droit !* Il y aura donc des choses *rationnelles* en théorie, *irrationnelles* en pratique ! N'en résultera-t-il pas une incertitude absolue sur ce qui est vrai ou faux ? Et qu'est-ce qu'une science qui devrait être *rationnelle* et qui ne sait plus ce que c'est que la *raison?* M. Demolombe trouve sa base rationnelle dans un *mandat* sans *consentement*, ou dans un mandat *légal* sans *loi*, dans le droit qu'ont *jusqu'à un certain point*, les parents éloignés d'administrer l'hérédité quand l'héritier le plus proche ne la recueille pas ; il finit par invoquer une *sorte de condition rétroactive*. Quel langage ! et quels principes !

M. Demolombe, à la différence de Troplong, est un esprit juridique ; il voit régulièrement ce qu'il faudrait décider d'après les vrais principes, mais il recule devant le fait, devant la jurisprudence. Ceux qui déclarent la naissance d'un enfant naturel doivent-ils faire connaître le nom de la mère ? Les auteurs sont divisés. Marcadé avoue que, d'après la rigueur du droit, il faudrait décider que le nom de la mère ne doit pas être déclaré, et que si la déclaration en est faite, l'officier de l'état civil ne doit pas la recevoir. Dans sa première édition, M. Demolombe a vivement soutenu cette opinion : il a fini par l'abandonner. Pourquoi ? Est-ce parce qu'il s'est trompé? Non, c'est à cause de la pratique contraire, constante et universelle (*Principes*, t. II, n° 58). Ainsi la pratique viole la loi ; et le jurisconsulte plie devant la pratique ! Le droit ne doit pas plier devant les faits ; ce sont, au contraire, les faits qui doivent plier sous le droit (*Principes*, t. II, n° 137).

Les envoyés en possession provisoire peuvent-ils louer les

biens de l'absent pour plus de neuf ans ? M. Demolombe commence par établir le vrai principe. Les envoyés n'ont qu'un pouvoir d'administration; or, dans la théorie du code, les administrateurs ne peuvent pas faire de bail dépassant neuf ans; il faudrait un texte pour que l'interprète pût admettre une exception, en cas d'absence. Après cela M. Demolombe dit que, si le bail était consenti de *bonne foi*, si des motifs légitimes expliquaient sa durée, les tribunaux pourraient trouver dans les *circonstances* des motifs de le maintenir. Eh! qu'importent la *bonne foi* et les *circonstances ?* Sont-ce les faits qui régissent le droit, ou est-ce le droit qui régit les faits ? Les tribunaux ne subissent que trop l'influence des faits, trop souvent ils font violence au droit pour l'accommoder à la cause : il ne faut pas que la doctrine les encourage, elle doit maintenir les principes, sinon elle abdique (*Principes*, t. II, n° 176).

L'erreur sur les qualités vicie-t-elle le consentement en matière de mariage? Le texte dit *non*, car il exige l'erreur *dans la personne;* la tradition dit *non*, les travaux préparatoires disent *non*, les principes disent *non*. M. Demolombe dit *oui*. C'est une vraie hérésie juridique, grosse de conséquences funestes. M. Demolombe avoue que l'application de sa théorie sera nécessairement très-*incertaine* et très-*arbitraire ;* il avoue que la décision dépendra des *opinions*, des *sentiments* et même des *impressions personnelles* de *chaque interprète*, mais cela ne l'effraye pas, habitué qu'il est à plier le droit sous le fait. Je demanderai si c'est pour donner un pouvoir arbitraire au juge, que le code consacre tout un chapitre aux demandes en nullité du mariage ? C'est une doctrine déplorable que celle qui convie le juge à décider tout d'après les circonstances de la cause, c'est-à-dire d'après ses impressions personnelles. A quoi bon alors la science du droit ? (*Principes*, t. II, n° 292.)

M. Demolombe enseigne, pour mieux dire, la loi veut que le consentement des père et mère au mariage soit donné dans la

forme authentique. Cela exclut le consentement tacite : cependant, en rapportant un arrêt de la cour de Toulouse qui l'a jugé ainsi, l'auteur dit qu'il ne voudrait pas ériger cette décision en principe, et qu'il aime mieux décider que c'est là une question de fait. Quoi ! la question de savoir si le consentement est un acte solennel est de fait ! (*Principes,* t. II, n° 319.) On dirait vraiment que M. Demolombe n'a écrit que pour dire aux juges : Faites ce que vous voulez. Si le droit doit toujours plier devant le fait, pourquoi passons-nous notre vie à l'enseigner et nos veilles à l'interpréter ?

M. Demolombe dit, comme je l'ai enseigné, que l'acte de consentement doit indiquer le nom de la personne avec laquelle le mariage doit être contracté. Voilà le principe. Puis vient le fait : il arrivera néanmoins que le juge validera le mariage. J'ai dit : « Si les tribunaux trouvent bon de se mettre au-dessus de la loi, ils ont tort, et le devoir de l'interprète est de les rappeler sans cesse à l'observation de la loi : pour mieux dire, il ne doit pas même supposer qu'ils pourraient la violer » (*Principes,* t. II, n° 320).

D'après le code civil, l'enfant non reconnu n'a pas de filiation, et la recherche de la paternité est interdite. De là la conséquence que le père peut contracter mariage avec sa fille. M. Demolombe ajoute que les magistrats n'hésiteraient pas à s'écarter de la rigueur des principes s'il s'agissait d'empêcher un abominable inceste (*Principes,* t. II, n° 350). N'est-ce pas encourager les tribunaux à se mettre au-dessus de la loi, c'est-à-dire à la violer ? Eh bien, je n'hésite pas à le dire : la violation de la loi par le juge est un plus grand scandale qu'un mariage incestueux. L'inceste n'est qu'une honte individuelle, tandis que la violation de la loi est un crime social. L'interprète doit donc prêcher toujours et sans cesse le respect de la loi, sinon la société croule.

Subordonner le droit au fait, et donner au juge le pouvoir de décider d'après les circonstances, telle est la doctrine de M. De-

molombe, si l'on peut appeler doctrine un système antijuridique par excellence. Aux fruits on peut juger l'arbre. Absence de principes ou principes imaginaires. En guise de principes des phrases. Puis les erreurs et les hérésies, inévitables quand on s'écarte de la loi et des principes légaux, seule base de notre science. L'accusation est grave : je renvoie, quant aux témoignages, à mon livre; ici je me borne à citer quelques traits.

L'émancipation peut-elle être retirée pour inconduite du mineur? M. Demolombe a soulevé la question, et il la décide par des principes imaginaires; je dis mal, il interprète à faux la loi qui permet de révoquer l'émancipation lorsque les engagements du mineur ont été réduits pour cause d'excès (*Principes,* t. V, nº 239).

Le prodigue a le droit d'administrer ses biens; les engagements qu'il contracte de ce chef peuvent-ils être réduits? Voici le principe que M. Demolombe établit : le prodigue a besoin de l'assistance de son conseil dans tous les cas où la dette ne pourrait être acquittée que sur son capital ou sur ses immeubles. Principe imaginaire ! De plus, le juge prendra en considération la bonne ou la mauvaise foi des tiers. Encore un principe imaginaire! Et avec ces principes de pure invention, M. Demolombe restreint la capacité légale du prodigue, c'est-à-dire qu'il viole la loi, ou qu'il fait un nouveau code civil (*Principes,* t. V, nº 371).

Le Français peut-il avoir un domicile à l'étranger? Non, dit M. Demolombe. Et la raison? Parce que le domicile est une *loi d'ordre,* une *loi d'organisation.* Qu'est-ce qu'une loi d'*ordre,* une loi d'*organisation?* Des mots vides de sens (*Principes,* t. II, nº 67).

L'étranger peut-il avoir son domicile en France? Non, dit M. Demolombe. Pourquoi? Parce que les lois françaises ne sont faites que pour les Français. Encore une phrase! Est-ce que les lois françaises qui régissent des droits naturels ne sont faites que pour les Français? et le droit de s'établir à demeure en France n'est-il pas un droit naturel? (*Principes,* t. II, nº 68.)

La cession d'un territoire prive-t-elle de leur nationalité les

habitants cédés, nés sur ce territoire? Question controversée. M. Demolombe dit que non. Soit. Mais la raison? Parce que la cession agit seulement sur les *masses*. C'est se payer de mots. Qu'est-ce que les *masses?* Est-ce que, par hasard, elles ne se composent pas d'individus? (*Principes*, t. I, n° 361.)

Peut-on stipuler directement pour ses héritiers? Controversé. M. Demolombe dit que oui. Il y a une objection : l'héritier ne peut avoir d'autres droits que ceux de son auteur. M. Demolombe répond que le *germe du droit* est né dans la pensée du stipulant. Qu'on veuille bien me dire ce que c'est que le *germe* d'un droit. Un mot vide de sens. L'auteur ajoute qu'il y a un terme ou une condition *sui generis*. Encore des mots! Comment y aurait-il terme ou condition, là où il n'y a pas d'*obligation?* (*Principes*, t. XVI, n° 9.)

Viennent les hérésies et les erreurs. Nous nous trompons tous. Si je relève les erreurs de M. Demolombe, c'est qu'elles tiennent à l'absence de principes : c'est presque un système! Le mineur, selon lui, peut se marier là où ses père et mère ont une résidence de six mois. Il n'y a pas un mot de cela dans le code. Cette résidence, dit-il, doit être *légalement réputée* celle du mineur. Ainsi une présomption *légale* sans *loi!* et un domicile de *fait* sans *fait!* (*Principes*, t. II, n° 417.)

Le donataire peut-il s'affranchir des charges en abandonnant les biens donnés? Oui, d'après M. Demolombe. Comment se fera cet abandon? Le donataire *délaissera* les biens, comme le code le permet au *tiers détenteur*. Or, le *délaissement* a seulement pour objet la *détention* de l'*immeuble;* le tiers possesseur reste propriétaire. Ainsi le donataire abandonnerait les biens tout en restant propriétaire! Puis le délaissement n'est pas permis au *débiteur personnel*, et le donataire avec charge est *débiteur personnel!* Impossibilités juridiques, hérésies, erreurs de texte et de principe! (*Principes*, t. II, n° 491.)

Là où il n'y a pas de principes certains, que devient le droit?

L'interprète se fait législateur. M. Demolombe a ses paradoxes, comme Troplong. C'est faire la loi. Il a essayé de faire la loi en permettant à l'enfant naturel de prouver sa filiation, même paternelle, par la possession d'état. Les raisons qu'il donne sont excellentes, mais elles s'adressent au législateur (*Principes*, t. IV, n° 16).

Quand le débiteur a payé la chose d'autrui, le propriétaire peut la revendiquer, sauf au possesseur, s'il s'agit d'une chose mobilière, à invoquer la maxime de l'article 2279. C'est l'opinion générale. M. Demolombe seul soutient que le propriétaire a une *action en répétition*. J'ai dit, et je crois avoir prouvé que le principe est faux ainsi que toutes les conséquences que l'auteur en déduit. S'il ne s'agissait d'un auteur qui jouit d'une si grande réputation, on dirait qu'il y a, dans cette nouveauté, autant d'erreurs que de mots (*Principes*, t. XVII, n° 504).

IV. *Marcadé, Demante, Zachariæ.*

Je me suis arrêté à M. Demolombe, à raison de la grande autorité dont il jouit en France, non-seulement devant les tribunaux, mais surtout dans l'enseignement. J'ai sous les yeux un de ces Programmes qui sont en usage dans les écoles de droit : à chaque page on cite M. Demolombe, c'est à lui seul qu'on renvoie les élèves. D'après ce que je viens de dire, on ne saurait indiquer un plus mauvais guide. Aux élèves il faut enseigner les principes dans toute leur simplicité et dans toute leur rigueur : c'est la seule raison pour laquelle on maintient le droit romain dans l'enseignement. J'y reviendrai. Or, sauf Troplong, il n'y a pas d'auteur qui ait moins de principes que M. Demolombe : il les sacrifie régulièrement aux faits : que doivent devenir le barreau et la magistrature nourris d'une doctrine pareille, si cela peut s'appeler une doctrine? Les avocats se feront des principes pour le besoin de leur cause, et les juges décideront les procès d'après

les circonstances de chaque affaire : c'est l'abdication du droit, la ruine de la science, et l'arbitraire du magistrat.

Je passe aux ouvrages plus ou moins élémentaires qui se trouvent dans les mains des élèves. Demante est peu connu en Belgique; et il faut s'en féliciter. Dans son *Cours analytique*, il ne discute pas les questions, il les tranche comme législateur. Le texte l'arrête rarement, on dirait qu'il n'existe pas pour lui, tandis qu'il faut toujours et sans cesse prêcher aux élèves le respect de la loi, et l'on ne prêche bien que quand on prêche d'exemple. J'écarte encore Zachariæ et sa traduction française : c'est un manuel comme les Allemands les aiment. On reprochait à Hugo, professeur à Gœttingue, que ses manuels étaient inintelligibles; il répondit que ses cours étaient faits pour les expliquer; c'est dire que le manuel ne peut servir qu'aux élèves du professeur qui en fait la base de ses leçons. D'ailleurs Zachariæ, tel qu'il a été transformé par MM. Aubry et Rau, est un cours approfondi, dépassant de beaucoup, à mon avis, les nécessités de l'enseignement, et c'est cependant un manuel non expliqué; les motifs surtout y manquent, le professeur les suppléant dans ses leçons orales, de sorte qu'en définitive l'ouvrage, quoique très étendu, ne convient pas aux élèves ni à ceux qui ignorent le droit, il ne peut être consulté avec fruit que par ceux qui le savent. Ce n'est pas un livre à mettre entre les mains des élèves, ils ne le comprendraient pas; et c'est un livre qui laisse beaucoup à désirer pour les avocats et les magistrats, parce que les motifs sont rarement développés, et les principes sans les motifs ne sont qu'une abstraction.

Marcadé a joui pendant quelque temps d'une certaine vogue. Les élèves l'aimaient, parce qu'il a les qualités et les défauts de la jeunesse; vif, frondeur, agressif, présomptueux. J'ai toujours déconseillé à mes élèves de le consulter, parce que mettre entre leurs mains un livre qui flatte leurs défauts, c'est les nourrir de poison. Il faut les élever dans le respect de la loi, qui est l'auto-

rité suprême; et Marcadé dénigre le code à toute occasion (1). Bien moins encore a-t-il le respect de la tradition : quand il trouve sur son chemin des lois romaines, il les écarte d'un ton moqueur (*Principes*, t. II, n° 450). Quant aux auteurs, il les ravale littéralement Lisez les sommaires : erreur de Delvincourt, erreur de Toullier, erreur de Merlin, erreur de Duranton. Tout le monde se trompe, Marcadé seul a raison (2), tout ce qu'il dit est *évident*, c'est son mot favori : c'est un infaillible. A l'entendre, on croirait qu'il a créé le droit. Il aime les nouveautés, et il a soin de dire que lui, le premier, a dit telle ou telle chose. La vérité est que presque toutes ces opinions originales sont des erreurs et abandonnées aujourd'hui comme telles (3). Marcadé a cruellement critiqué Troplong; je ne dis pas qu'au fond il ait eu tort, mais il y a des convenances à observer envers les auteurs vivants. Critique sans pitié, il s'est attiré une réponse cruelle. A propos d'une de ses nouveautés, Marcadé disait, comme il le fait d'habitude, qu'il a été le premier à émettre ces principes. « Cette opinion *bizarre*, dit Troplong, n'a pas besoin d'une réfutation; je me borne à l'exposer, et cela me dispense de la combattre. » La leçon est dure, mais elle est méritée. M. Demolombe traite cette bizarrerie d'*impéritie*, qui renverse tous les textes et tous les principes. Cela encore est vrai : je renvoie à mon cours de *Principes* (t. XII, n° 190).

Je vais citer quelques opinions de Marcadé pour faire connaître sa manière et pour que le lecteur puisse apprécier l'autorité qu'il faut lui reconnaître. Mariage d'une demoiselle catholique avec un jeune homme qui professe la même religion. Après la célébration du mariage civil, le mari refuse de faire bénir son union par l'Eglise. La femme peut-elle demander la nullité du

(1) Voyez un exemple dans mes *Principes*, t. XVII, n° 493.

(2) Voyez des exemples où il accuse les autres d'erreur, tandis que c'est lui qui se trompe (*Principes*, t. IV, n° 53; t. VII, n° 12; t. XII, n° 27).

(3) Par exemple, sa théorie du *dol* (*Principes*, t. XIX, n° 76).

mariage pour erreur sur la personne? Oui, dit Marcardé, parce qu'il y a erreur sur une qualité principale de la personne : la femme a cru et voulu épouser un homme ayant au moins quelques sentiments religieux, tandis que son mari pousse l'hostilité contre le catholicisme jusqu'à l'impiété. Marcadé est catholique. Je respecte les croyances que je ne partage pas, et je n'aime pas plus les hypocrites libéraux que les tartufes orthodoxes. Mais il s'agit d'une question de droit. La loi veut qu'il y ait erreur *dans la personne :* et l'on veut qu'il y ait erreur dans la personne quand une femme, au lieu d'un *catholique*, épouse un *libre penseur !* Cela n'est pas sérieux (*Principes*, t. II, n° 486).

Encore une question de mariage. Un jeune homme de vingt et un ans, n'ayant plus d'ascendants, se laisse séduire par une courtisane habile qui exploite son aveugle passion pour exiger le mariage. Marcadé enseigne qu'il y a, à la vérité, consentement, mais que le consentement n'a pu être donné en pleine liberté ; donc il est nul, et il y a lieu de demander la nullité du mariage. Maintenir le mariage, dit-il, ce serait pousser le malheureux à contracter des liaisons adultérines, ou le condamner à un célibat perpétuel. La question de droit que soulève cette étrange doctrine n'en est pas une : je renvoie à mes *Principes* (t. II, n° 302). Sur la question morale, j'oppose à la morale d'un écrivain catholique la morale d'un libre penseur : le lecteur décidera. Je dis au jeune homme qui se plaint d'avoir été violenté : « Vous avez une femme légitime, vous l'aimiez à ce point que pour la posséder vous avez bravé toutes les convenances. En l'épousant, vous saviez que c'était une courtisane; vous vous êtes engagé à l'élever à vous; vous avez charge d'âme : remplissez-la. La morale que vous invoquez exige avant tout que l'on remplisse ses devoirs. »

Les opinions que je viens de citer sont de véritables hérésies en droit : les erreurs abondent dans Marcadé. Je ne citerai pas les cas où il a abusé des travaux préparatoires pour faire dire

au texte et aux auteurs du code le contraire de ce qu'ils disent et ont entendu dire (*Principes*, t. II, n° 250), je devrais entrer dans trop de détails. On peut lire dans mon cours de *Principes* la critique des singularités de Marcadé. Quelques mots suffiront ici à mon but. Les tribunaux français sont-ils compétents pour juger les procès des étrangers? Non, dit la cour de cassation de France; les tribunaux français sont institués pour rendre la justice aux Français, il faudrait un texte pour déroger à ce principe, en faveur des étrangers, et il n'y en a pas. Cependant Marcadé admet une exception pour les actes de commerce. Une exception sans texte! Si Marcadé ne partageait pas cette opinion, il l'aurait certainement traitée d'erreur. Il cherche à la justifier : « A raison de la célérité que demandent les affaires commerciales, les deux adversaires sont *légalement présumés* avoir eu l'intention d'être jugés par les tribunaux du pays. » Ainsi une présomption *légale* sans *loi* vient à l'appui d'une *exception* sans *texte* (*Principes*, t. I, n° 441).

Le père, après avoir consenti au mariage, meurt. La mère, appelée à consentir, garde le silence; ce silence, dit Marcadé, est une confirmation du consentement donné par le père. Ici les énormités abondent. Marcadé admet un consentement *tacite,* alors que la loi veut un acte *solennel.* Il dit qu'il y a *confirmation*, et la confirmation suppose un *acte vicié*, et *nul* à raison du *vice* qui l'*infecte.* Où est, dans l'espèce, le vice qui annule le consentement du père? La confirmation rétroagit, ce serait donc le père qui consentirait; et le père est mort : est-ce qu'un mort consent? Pour le coup, c'est le cas de dire : Autant d'erreurs que de mots (*Principes*, t. II, n° 321). Voilà à quoi aboutissent les interprètes quand ils font la chasse aux nouveautés.

v. *Colmet de Santerre, Pont, Mourlon.*

M. Colmet de Santerre a continué l'ouvrage de Mourlon. A mon avis, le disciple est supérieur au maître. S'il avait écrit un

ouvrage élémentaire, je n'aurais pas fait le mien. Sa continuation est un des plus beaux livres que je connaisse. Cependant on ne le cite pas au barreau. C'est parce que son traité est de pure doctrine. Pour un cours élémentaire, il est trop long et pour un cours approfondi, il ne l'est pas assez. La jurisprudence y est à peine citée; cela ne suffit pas, il faut la discuter. Les arrêts sont les Pandectes du droit français : s'ils n'ont pas d'autorité légale, ils ont une autorité de fait, qui surpasse celle de la loi. C'est mon excuse d'avoir entrepris un Exposé des principes qui compte trente-deux volumes. On y trouve la discussion de la jurisprudence, y compris celle des cours de Belgique.

M. Pont a continué l'ouvrage de Marcadé. Il ne possède pas les qualités brillantes de l'auteur qu'il a complété; mais il a des qualités plus solides, celles d'un jurisconsulte praticien. Son livre ne s'adresse pas aux élèves, un cours *élémentaire* en *douze* volumes n'est pas un livre dont les élèves puissent se servir. On me permettra d'ajouter que la continuation de Pont, pas plus que l'ouvrage de Marcadé, ne brille par la rigueur des principes. J'ai dit, dans cette Préface, que Pont traite de *matérialisme* l'interprétation qui s'appuie sur la lettre du code; il préfère l'esprit de la loi; et il lui est arrivé de mettre à la place de la volonté certaine du législateur une volonté qui n'est pas la sienne (*Principes,* t. IX, n° 134). C'est une très-mauvaise tendance. Négliger le texte, c'est aboutir nécessairement à l'incertitude et à l'erreur. J'en citerai un trait. Une transaction est rédigée par acte sous seing privé; les parties n'observent pas les formalités prescrites par l'article 1325. Qu'en résulte-t-il? C'est que l'*acte* est nul, et ne peut avoir de preuve littérale; mais la transaction peut être valable, et elle le sera si les conditions requises pour sa validité existent. Cela est élémentaire. Cependant Pont enseigne que la transaction qui n'aurait été rédigée qu'en un seul original serait considérée comme un simple *projet*, et n'aurait *aucune valeur*. Ainsi le double original serait une condition de l'*existence* de la

transaction. L'erreur est palpable. Pont ajoute que la *nullité* est susceptible d'être *couverte*. C'est une nouvelle erreur : si la transaction n'est qu'un *projet*, il n'y a pas de contrat, le contrat est inexistant, c'est le néant : et confirme-t-on le néant? (*Principes*, t. XXVIII, nº 369.)

Mourlon a écrit un ouvrage destiné aux élèves; il l'a intitulé modestement : *Répétitions écrites sur le premier, le deuxième et le troisième examen du code Napoléon*. Il est entre les mains de la plupart des élèves, et je le leur ai toujours recommandé, non comme manuel, mais comme un livre à consulter quand il leur reste quelque doute, ou que leurs cahiers présentent quelque lacune. Mon Cours de droit civil élémentaire ne fait-il pas double emploi avec Mourlon, et, partant, n'est-il pas inutile? C'est une question qu'il ne m'appartient pas de décider. Je dois seulement rendre compte des motifs pour lesquels j'ai cru devoir publier le cours élémentaire que j'ai fait pendant de longues années. Le cours élémentaire doit laisser de côté les controverses, comme je le dirai plus loin ; et les *Répétitions* de Mourlon sont remplies de controverses : dès lors elles ne répondaient pas à mon but. Et je puis ajouter, parce que j'en fais l'expérience journalière, Mourlon ne convient pas aux élèves à titre de Manuel : ils ne le comprennent pas, précisément parce que l'auteur insiste sur les controverses plus que sur les principes. Quand ils l'ont sérieusement étudié, ils sont en état d'exposer des controverses, et ils ne connaissent pas les principes les plus simples, ceux qui sont formulés dans le texte du code.

J'ai un autre reproche à faire à l'ouvrage de Mourlon. Il reproduit généralement la doctrine enseignée à l'École de droit de Paris, notamment par M. Valette. Dans cette Préface, j'ai dit que les opinions nouvelles, le plus souvent très-hasardées pour ne pas dire fausses, avaient trouvé faveur dans l'École de Paris. Dans la chaire, cela est un mal. Le professeur s'adresse à des jeunes gens qui ignorent les éléments du droit : comment veut-on qu'ils

comprennent les innovations, toujours douteuses? Ils seront nécessairement de l'avis du maître, et accepteront comme principes des suppositions, des paradoxes, des erreurs. C'est un aliment très-dangereux, et on devrait le bannir des livres qui servent de manuel aux élèves. Je citerai un exemple. Mourlon est partisan de la solidarité imparfaite, dont il n'y a aucune trace dans le code : les deux auteurs qui l'exposent diffèrent d'opinion à peu près en tout. Et on l'enseigne dans un livre qui ne devrait contenir que des principes certains, basés sur le fondement inébranlable du texte ! (*Principes,* t. XVII, n° 313-315.)

C'est à des élèves que Mourlon s'adresse, et il ne paraît pas se douter de l'importance capitale des principes. Voilà bien une preuve évidente que les principes manquent dans l'enseignement, et que les professeurs s'occupent exclusivement à discuter des questions controversées. Je citerai un singulier exemple de cette absence de principes. L'article 6 établit une règle qui reçoit de nombreuses applications : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. » Que faut-il entendre par lois intéressant les *bonnes mœurs* et *l'ordre public?* Le législateur ne donne pas de réponse à cette question. Mourlon dit que si la loi n'a pas tracé de règles à ce sujet, c'est parce que ces choses se *sentent* plus qu'on ne les *définit*. Une pareille maxime, si maxime il y a, ne devrait pas se trouver dans un livre de droit, et bien moins encore dans un ouvrage destiné aux élèves. Il ne doit rien rester de vague dans notre science : la précision des idées et la netteté du langage, voilà tout le droit. Qu'est-ce que le droit? Un enchaînement de principes logiques fondés sur la loi et sur la raison : il n'y a donc jamais lieu de renvoyer au *sentiment*. C'est se payer de mots, et habituer le jurisconsulte, dès son entrée dans la carrière, à l'arbitraire absolu de l'interprète : conçoit-on qu'un jugement soit basé sur le *sentiment* personnel du juge? (*Principes*, t. I, n° 46.)

Faut-il s'étonner, après cela, que les principes manquent dans un ouvrage qui devrait toujours et sans cesse concentrer l'attention des élèves sur les principes? J'en citerai quelques exemples, moins pour critiquer que pour m'excuser d'avoir entrepris la publication d'un nouvel ouvrage élémentaire. L'article 17 dit que la qualité de Français se perd par *tout établissement* fait en pays étranger sans esprit de retour; puis la loi ajoute que les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. Mourlon induit de là que la qualité de Français ne se perd jamais lorsqu'on s'établit pour affaires de commerce à l'étranger. C'est une erreur, car la loi ne dit pas cela, et les principes qui découlent de la loi disent le contraire. J'ai établi, dans cette *Préface*, une règle d'interprétation très-élémentaire, c'est qu'il ne faut pas faire dire à la loi ce qu'elle n'a pas entendu décider. Si Mourlon s'était rappelé ce principe, il n'aurait pas commis l'erreur que je lui reproche (*Principes*, t. I, n° 384).

La femme française qui épouse un Anglais ne devient pas Anglaise, d'après le droit anglais; elle perd sa nationalité, en vertu du code civil et elle n'en acquiert pas une autre; donc elle est légalement sans patrie. Mourlon enseigne qu'elle sera Anglaise en France. Conçoit-on que le législateur français confère la qualité d'Anglais à une personne? Ce serait une hérésie juridique (*Principes*, t. I, n° 385).

Un vieil adage dit que l'enfant est censé né quand il s'agit de son intérêt : l'enfant peut-il l'invoquer pour réclamer la nationalité que son père avait lors de sa conception? Non, dit Mourlon, parce qu'il s'agit d'une fiction; et le code ne la consacre qu'en matière de succession et de donation. C'est mal raisonner, à mon avis. La raison de l'adage est générale, donc on doit l'appliquer à tous les cas qui peuvent se présenter (*Principes*, t. I, n° 387).

Il m'est arrivé plus d'une fois de combattre les opinions de Mourlon (1), parce qu'elles se trouvent dans un ouvrage qui est

(1) Comparez *Principes*, t. II, nos 11, 177, 457; t. IV, n° 16.

entre les mains de la plupart des élèves (t. XXVIII, n° 139). Voilà pourquoi je me suis décidé à écrire un traité élémentaire exclusivement consacré aux principes et aux motifs qui en font comprendre le sens et la portée.

VI. *Dalloz.* Répertoire.

Il faut à tout jurisconsulte qui s'occupe de la pratique du droit un Recueil de jurisprudence. Je cite régulièrement le *Répertoire* de Dalloz, parce que, en Belgique, il se trouve entre les mains de la plupart des jeunes avocats. On m'en a fait un reproche. Un jurisconsulte qui fait la gloire du barreau de Gand m'a dit que le *Répertoire* de Dalloz, considéré comme recueil d'arrêts, est mauvais, et que, pour la doctrine, il est nul. Je dois reconnaître la vérité de ce jugement sévère. Que le *Répertoire* de Dalloz ne remplace pas un recueil de jurisprudence, cela est certain ; l'auteur lui-même a publié un Recueil d'arrêts, preuve évidente que son *Répertoire* n'en tient pas lieu. Il y a des arrêts qui y manquent, que j'y ai du moins vainement cherchés là où ils auraient dû être cités. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à consulter simultanément l'ouvrage d'Aubry et Rau et le *Répertoire* de Dalloz, on trouvera, dans le premier, un grand nombre d'arrêts qui ont de l'importance, puisque ces excellents auteurs les citent, et ces arrêts ne sont pas dans le *Répertoire,* là du moins où ils devraient être; et on ne peut pas les chercher ailleurs, puisqu'il n'y a pas de table générale. Pourquoi cette table, annoncée, ne paraît-elle pas? Je l'ignore.

Autre lacune. Quand il y a une nombreuse jurisprudence sur une question, le *Répertoire* ne donne que quelques arrêts, et se borne à citer la date des autres; il lui arrive très-souvent de ne citer que quelques lignes d'un arrêt, et plus souvent encore de ne reproduire que l'arrêt de la cour de cassation, sans l'arrêt de la cour d'appel, sans le premier jugement. L'analyse des plaidoiries

et le réquisitoire du ministère public manquent presque toujours. Il est évident que ce n'est pas là un Recueil de jurisprudence. J'ai eu tort de le citer; j'aurais dû renvoyer à *Sirey-Devilleneuve*, très-répandu en Belgique, ou au *Journal du Palais*, qui mériterait d'être plus répandu chez nous qu'il ne l'est.

Le jurisconsulte éminent dont je constate ici l'opinion m'a encore reproché de citer le *Répertoire* à titre de doctrine, par la raison que l'auteur ou les auteurs n'ont pas de doctrine. Moi-même j'ai dit que c'est une compilation. Je ne connais dans tout le *Répertoire*, en ce qui concerne le droit civil, qu'un seul traité original, c'est l'article de l'*Absence*. Les autres ne font que reproduire la doctrine des auteurs. Ceux qui ont rédigé ces compilations ne signent point, et pour une bonne raison, c'est que leurs noms seraient sans autorité aucune; ce ne sont pas des architectes, ce sont des manœuvres. Bref, le *Répertoire*, surtout la deuxième édition, n'est pas un travail scientifique, c'est une entreprise de librairie. C'est avec regret que je souscris à ce jugement sévère. Mais celui qui écrit doit la vérité au lecteur; il la doit surtout quand il s'adresse aux élèves, qui ignorent le mérite des livres qu'ils sont dans le cas d'acheter.

Je vais justifier ce que j'ai dit par quelques citations. Pour écrire sur le droit, il faut que l'on sache au moins ce que c'est que le droit. La première chose que l'on enseigne aux élèves, c'est qu'ils ne doivent pas confondre le domaine du droit avec celui de la morale. Il faut donc laisser de côté la morale et l'équité quand il s'agit de décider une question de droit. Le don manuel est-il un contrat? Y a-t-il une convention sans concours de consentement? Les volontés peuvent-elles encore concourir lorsque l'une des parties intéressées est morte? Sur toutes ces questions, il n'y a pas l'ombre d'un doute : ce sont des choses élémentaires. Eh bien, l'auteur du *Répertoire* semble les ignorer. Le don manuel, dit-il, est un acte *sui generis*, qui ne relève que des lois de la *morale* et de la *raison*, bases fondamentales du *droit*

des gens. Qu'est-ce que ce *droit des gens* que l'on veut opposer au *droit civil?* Il s'agit sans doute des règles de droit naturel que l'on trouve chez toutes les nations; de là l'expression de *droit des gens* que les Romains leur donnaient. Y a-t-il encore un droit naturel ou des gens, sous l'empire du code civil? C'était un droit coutumier, et à ce titre, il est abrogé avec tout l'ancien droit. En admettant qu'il existe encore un droit des gens, ce droit peut-il dire le contraire de ce que dit le code civil? dit-il qu'il y a un contrat sans concours de consentement? Ce serait dire que le cercle est un carré. Ce prétendu *droit des gens* est-il autre chose que le droit *naturel?* Est-ce la *morale*, l'*équité*, l'*utilité?* La *morale* n'a rien de commun avec le *droit*, pas plus que l'*équité* et l'*utilité;* c'est au législateur à mettre les lois en harmonie avec celles de la morale, et à consulter l'intérêt et l'équité. Et nous doutons fort qu'il décide jamais qu'il y a une convention sans concours de volontés. L'interprète, en tout cas, ne le peut, puisqu'il violerait la loi au lieu de l'interpréter. Et peut-on se mettre au-dessus de la loi, au nom d'un prétendu *droit des gens?* Le *droit des gens* que l'on invoque, ce sont des mots et des paroles, c'est-à-dire l'absence de tout principe, de toute notion de droit (*Principes*, t. XII, n° 295).

Sans principes, il n'y a plus de droit. L'interprète est ballotté comme un vaisseau sans mât ni gouvernail. La propriété est-elle limitée par le *droit* du voisin ou par son *intérêt?* Dalloz répond que les limitations que reçoit la propriété ont pour objet de sauvegarder les *intérêts privés*. Cela signifie, je pense, qu'il y a lieu à *réparation* dès qu'il y a un *intérêt* lésé. L'auteur dit, en effet, qu'on ne peut jouir de sa propriété qu'à charge de ne pas causer de *dommage réel* aux particuliers. Donc le *préjudice* suffit pour qu'il y ait *lésion d'un intérêt*, et, par suite, restriction au droit de propriété. Eh bien, immédiatement après, le *Répertoire* ajoute : « Un *intérêt opposé* ne suffirait pas, toutefois, pour entraver l'exercice du droit de propriété. » C'est dire que l'*intérêt suffit* et qu'*il*

ne suffit point. C'est ce que Dalloz appelle un *principe général* (*Principes*, t. VI, n° 138) (1).

Les principes ne sont plus que des mots vides de sens. Un père forme opposition au mariage de son fils âgé de vingt cinq ans; il la fonde sur une demande judiciaire ayant pour objet de donner un conseil à son fils pour cause de prodigalité. La cour de Caen décide qu'il sera sursis au mariage pendant quatre mois, temps suffisant pour statuer sur l'instance. Décision illégale, arbitraire. Dalloz l'approuve, tout en avouant qu'il y a *un peu d'arbitraire :* mais, dit-il, quand il s'agit du bonheur des enfants, est-ce trop d'accorder, sous la *tutelle des tribunaux,* un pareil effet à la puissance paternelle? Voilà les mots qui tiennent lieu de *principes,* que dis-je! qui bouleversent tous les principes. D'abord la *puissance paternelle* n'était pas en cause, puisque l'enfant était majeur de vingt cinq ans : première erreur. Puis l'arbitraire est avoué : le juge peut-il se rendre coupable d'un peu *d'arbitraire?* Le magistrat qui se permet le moindre arbitraire est coupable; et le jurisconsulte ne devrait pas oublier que les codes ont été faits pour mettre fin à l'arbitraire qui régnait dans l'ancienne jurisprudence (*Principes,* t. II, n° 402) (2).

Les erreurs abondent dans le *Répertoire.* Ce n'est pas toujours l'auteur qui est le coupable; il copie ce qu'il a sous les yeux; quand l'original se trompe, le copiste se trompe également. L'auteur de l'article *Mariage* a lu dans des arrêts que l'obligation alimentaire est solidaire et indivisible; il répète cette hérésie juridique. Cependant Duranton l'avait combattue et ruinée : pour ce qui regarde la solidarité, l'erreur est évidente (*Principes,* t. III, n°s 66 et 67).

L'article 1382 est très-souvent invoqué à tort et à travers, sans que l'on fasse attention aux conditions requises pour qu'il y ait

(1) Comparez *Principes*, t. XXXII, n° 404. Tout le monde a raison.

(2) Comparez l'étrange doctrine de l'auteur en matière de domicile d'élection (*Principes*, t. II, n° 102).

un quasi-délit. M. Demolombe l'applique au cas où le débiteur change de domicile, sans que son intention soit manifestée d'une manière expresse, et l'auteur du *Répertoire* en fait autant, à sa suite. C'est oublier qu'il n'y a pas de fait dommageable quand l'auteur du fait a usé de son droit, sans léser le droit d'autrui : or c'est un droit pour toute personne de changer de domicile, sans être tenue d'en faire des déclarations expresses (*Principes*, t. II, n° 82) (1).

Il arrive parfois aux auteurs du *Répertoire* de dépasser la doctrine qu'ils résument en la formulant mal. On admet que les lois d'intérêt général rétroagissent; cela est vrai, mais avec des restrictions. Dalloz établit le principe en termes absolus. Les lois régissent le passé, dit-il, quand l'*intérêt général* exige qu'elles soient immédiatement appliquées, parce qu'il n'y a point de *droit acquis* contre *la plus grande félicité de l'Etat.* » C'est appliquer au droit privé la fameuse maxime du *salut public.* La maxime est fausse, et l'application que l'on en fait aux relations civiles est trop absolue. Le *législateur* lui-même doit respecter l'*intérêt privé*, quand cet intérêt constitue un *droit;* à plus forte raison le *juge* ne peut-il pas, au nom de l'*intérêt général*, modifier ni anéantir les *droits* des citoyens (*Principes*, t. I, n°s 152-153) (2).

Je m'arrête, parce que cette critique est déjà trop longue. Nous nous trompons tous ; aussi m'arrive-t-il rarement de prononcer le mot *erreur*, quand je combats des opinions que je ne partage pas. Heureux si nous rachetons nos erreurs par des développements nouveaux de principes vrais! On chercherait vainement ce mérite dans un *Répertoire* qui n'est qu'une compilation. J'ai fini, après les premiers volumes de mon ouvrage, par ne plus citer Dalloz, sauf pour y renvoyer, en ce qui concerne les citations. C'est encore un tort que j'ai eu. Mon excuse est que le *Répertoire* se trouve dans les mains de tous les jeunes avocats, et forme toute leur bibliothèque. J'aurais dû leur dire qu'ils ont tort,

(1) Comparez *Principes*, t. II, n° 99.
(2) Comparez *Principes*, t. I, n° 172.

et que les compilations, fussent-elles bien faites, ne remplacent jamais les ouvrages originaux.

§ X.

CONCLUSION. ENSEIGNEMENT ÉLÉMENTAIRE DU DROIT.

J'arrive à ma conclusion, en priant le lecteur de ne pas la séparer des prémisses qui la précèdent. Ma conclusion est que les principes font défaut et à la doctrine et à la jurisprudence. Le mal est grand, puisque l'incertitude et la controverse règnent là où devrait régner la certitude; et il y a un plus grand mal encore, c'est que le respect de la loi se perd, ce qui conduira à un arbitraire absolu dans la distribution de la justice. Je ne parle pas du relâchement du lien social qui en résulte : la société ne peut exister quand la loi n'est plus respectée par ceux qui ont mission de l'interpréter et de l'appliquer. Quelle est la cause du mal que j'ai constaté, et quel est le remède? Je crois que la source première du mal est dans la méthode d'enseignement que l'on suit en France et en Belgique : on n'enseigne pas les principes, on discute des questions controversées. A mon avis, l'enseignement devrait se réduire aux principes et aux motifs des principes, c'est-à-dire que l'enseignement doit être élémentaire, tandis que la tendance générale est de donner des cours approfondis.

Les cours réellement approfondis sont un non-sens. On oublie que les leçons s'adressent à des élèves qui ignorent les principes les plus élémentaires du droit : comment veut-on qu'ils comprennent les difficultés auxquelles ces principes donnent lieu dans l'application? Quand même on parviendrait à les leur faire comprendre, ils ne sont pas en état d'apprécier les motifs que le professeur donne à l'appui de sa solution, car pour les apprécier, ils devraient savoir ce qu'ils ignorent, les principes. Ils s'approprient tant bien que mal l'opinion du maître, ils apprennent

leurs cahiers par cœur. Posez-leur une de ces questions controversées, ils répondront comme des Cujas et des Merlin; demandez-leur des principes, il les ignorent, ils ne connaissent pas même le texte du code. Quel est le fruit de ces études approfondies? C'est la mémoire qui y joue le grand rôle, l'intelligence y est pour peu de chose. Donc le développement intellectuel est nul, ou à peu près. Il en est de même de la science si laborieusement acquise : le jeune avocat oublie bien vite les controverses; et les principes, il les ignore, parce qu'on les a noyés dans des controverses où il n'a pu les saisir.

Je parle d'expérience. En Belgique, la loi de 1835, qui a réorganisé l'enseignement supérieur, a divisé le droit civil en deux cours, un cours élémentaire et un cours approfondi. A Gand, le cours approfondi a été donné pendant plusieurs années par un avocat distingué. Il approfondit si bien qu'à la fin de la première année, il n'avait pas achevé le titre préliminaire, *six articles*. Et rien de plus naturel quand on veut réellement approfondir. En effet ces six articles comprennent les statuts et la rétroactivité, matières immenses qui se rapportent à toutes les parties du code civil. Que l'on me dise à quoi un pareil cours était bon! Les leçons étaient très-bien données, et elles ne servaient à rien, je dis mal, elles chargeaient la mémoire d'une masse de détails, que l'intelligence des élèves ne pouvait digérer. Plus le cours était parfait, plus il était mauvais.

C'était, dira-t-on, un excès. Soit, mais où s'arrêtera-t-on? Les cours approfondis n'ont pas de limite certaine. Qu'en résulta-t-il? Les professeurs enseignèrent le plus possible, et en approfondissant à l'envi. On finit par diviser le code civil par moitié, ainsi que les examens. Comme il était impossible d'approfondir en une année la moitié du code, on se bornait à l'explication de quelques titres, et l'on controversait tant que l'on pouvait. Quand le professeur arrivait à une question célèbre, il expliquait tous les systèmes, développait tous les arguments et

toutes les objections; puis les élèves venaient étaler cette science indigeste dans les examens par écrit. Ceux qui avaient une bonne mémoire étaient proclamés docteurs en droit avec la plus grande distinction. Que de démentis la vie réelle donnait à ces grades magnifiques! Les plus distingués, légalement parlant, ne savaient pas même ce que c'est qu'un principe.

Restait le droit civil élémentaire. J'en ai été chargé pendant de longues années, et je puis attester que ce cours profitait aux élèves. Cependant le cours de droit français donné en candidature eut toujours ses adversaires; on prétendait que l'étude du droit civil empêchait les élèves d'étudier le droit romain. Quand on revisa la loi en 1859, les esprits étaient partagés : on admit, par voie de transaction, que le cours serait maintenu, mais comme cours à certificat. Les cours à certificat étaient une conception funeste, et l'application de cette fausse idée au droit civil était plus fausse encore et plus malheureuse. Les élèves négligèrent le cours, parce qu'il ne faisait plus l'objet d'un examen. Ils entraient dans les cours de droit civil approfondi, sans connaître les éléments du droit français. Dans un cours approfondi, le professeur ne pouvait plus revenir sur les principes. L'enseignement se bornait à quelques titres où l'on expliquait les difficultés de la matière à des élèves qui ignoraient les premiers éléments du droit civil. Jamais on n'a fait de plus mauvaises études en Belgique.

La loi qui vient d'être votée a supprimé le droit civil élémentaire en candidature. Il n'y a plus qu'un cours de droit civil. Est-il élémentaire ou approfondi? La loi ne le dit pas. Les universités se sont divisées. A Gand, la faculté de droit s'est prononcée, à l'unanimité, pour un enseignement élémentaire donné en deux ans. A Liége, on a organisé un cours de droit civil en trois ans, à l'instar de ce qui se fait en France, sauf que le cours se donne en doctorat. Je vais dire quels sont les motifs qui ont déterminé la faculté de droit de Gand.

Qu'est-ce que le droit? C'est une série de principes que l'on

puise dans la loi ou que l'on en déduit. Les principes ont leur fondement dans la raison et dans la tradition. Ce sont ces principes qui forment l'objet de l'enseignement. Comment faut-il les enseigner? Dans toute leur simplicité, cela va presque sans dire, puisqu'on s'adresse à des élèves qui ne savent pas le droit. J'ai suffisamment expliqué dans cette *Préface* ce que j'entends par principes : je ne les sépare pas des motifs de raison et de tradition qui les expliquent et les justifient. Il y a des principes controversés : doit-on alors rentrer dans la discussion de toutes les opinions émises par les auteurs ou consacrées par la jurisprudence? Non; s'il y a des objections sérieuses, il y faut répondre pour établir plus solidement le principe tel que le professeur l'entend. Aller plus loin, c'est controverser; et les élèves ne sont pas en état de comprendre les controverses, ils ont besoin d'une nourriture simple et facile à digérer. Quand, au lieu d'exposer les principes, on entre dans le détail des divers systèmes auxquels les principes ont donné lieu, les élèves les perdent de vue, tandis que l'on doit toujours et sans cesse concentrer leur attention sur ce qu'il leur importe avant tout de savoir.

L'expérience des siècles témoigne en faveur de cette méthode. Justinien, après avoir compilé ses Pandectes et son code, comprit qu'il fallait un ouvrage élémentaire pour initier la jeunesse à la science du droit. Les *Institutes* sont encore aujourd'hui le manuel des élèves. Un vieux brocard dit : *Bonus institutionista, bonus jurista.* Ne dédaignons pas ce dicton : il est le fruit d'une expérience séculaire. Les principes, avec leurs motifs, c'est tout le droit; donc celui qui les connaît est, ou pour mieux dire, deviendra un bon jurisconsulte. Je prévois l'objection. A côté des Institutes, il y a le Digeste; donc un enseignement élémentaire ne suffit point; il faut, après les éléments, un cours approfondi. La réponse est simple et je la crois décisive. Je comprends que pour le droit romain, il faille un cours d'application; il y a dans le Digeste un grand nombre de textes qui paraissent contradic-

toires : ne doit-on pas apprendre aux élèves à les interpréter et à les concilier? Cette nécessité n'existe certes pas pour le code civil. Je dis plus, elle est même contestable pour le droit romain. Ce n'est plus un droit vivant pour nous, c'est une gymnastique intellectuelle, et elle est excellente. Mais de même que, pour la gymnastique corporelle, les tours de force sont inutiles, le mouvement simple et régulier des membres suffisant pour les développer et les assouplir, de même pour former l'esprit juridique des élèves, l'étude des principes suffit. Je dis plus, cette étude vaut mieux que les cours approfondis. Comme c'est une question d'expérience, on me permettra d'invoquer la mienne. J'ai fait mes études à Liége, sous d'excellents maîtres, les deux frères Ernst. M. Ernst jeune sentait si bien l'utilité d'un enseignement de principes, qu'avant 1830 il donnait un cours de droit civil élémentaire, bien que la loi ne prescrivît point ce cours Après 1830, il fut appelé à la chaire d'Institutes. M. Ernst aîné enseignait le droit approfondi. Pendant les deux ans que j'ai suivi ses leçons, il a expliqué le premier livre du code Napoléon, le Contrat de mariage et les Hypothèques. De plus il faisait des conférences dans lesquelles il interrogeait les élèves sur les titres non expliqués; nous n'avions pour nous y préparer d'autre guide que le texte. Eh bien, je le dis sans hésiter, c'est le cours élémentaire d'Institutes qui nous a formés, et nous avons profité plus des conférences de M. Ernst aîné, que de ses cours approfondis. Je ne crains pas de faire appel à mes condisciples, il s'en trouve dans les plus hautes fonctions, et je suis sûr qu'ils sont de mon avis. Voilà mon expérience d'élève : j'ajoute l'expression de ma profonde gratitude pour les hommes éminents qui m'ont inspiré le respect de la loi en même temps qu'ils m'ont enseigné les principes avec un admirable talent.

Me permettra-t-on aussi d'invoquer mon expérience de professeur et d'auteur? J'ai enseigné jusque dans ces dernières années le droit civil élémentaire. Mes leçons ont profité aux élèves; les

examens du jury combiné l'attestent. Et en profitant à mes élèves, elles m'ont aussi profité à moi. Après avoir professé les principes pendant de longues années, je me mis à écrire sur le droit. On a cru que je ne faisais que publier mes leçons : la substance, oui, mais les développements, non. Il n'y a pas une ligne de mes trente-deux volumes qui soit extraite de mes cahiers : pour mieux dire, je n'avais pas de cahiers, car chaque année mon cours changeait. J'étais nourri de principes; ce fut chose facile pour moi que de les développer et de combattre les opinions contraires des auteurs ou de la jurisprudence. J'ai rarement hésité sur une question controversée, et cependant les difficultés ne manquaient point; elles étaient résolues d'avance par les principes. Mon cours de *Principes de droit civil* a eu un succès qui a de beaucoup dépassé mon attente : je le dois à l'étude des principes et aux maîtres qui m'ont élevé dans le culte du droit.

Tels sont les motifs que j'ai fait valoir pour rendre tous les cours élémentaires. L'expérience décidera si la faculté de droit de notre université a eu raison de bannir tout cours approfondi. J'ai dit d'avance pourquoi nous n'avons pas voulu d'un cours de droit civil en trois ans. C'est le système français. Je le crois mauvais. Enseigner tout ensemble les principes et les controverses est chose impossible, en ce sens que les élèves perdent de vue les principes et ne comprennent pas même les controverses. J'ai sous les yeux le programme d'un cours de droit civil destiné aux élèves d'une faculté de droit de France. L'auteur commence par des notions générales sur le droit. A cette occasion, il traite des obligations naturelles : je demande comment des élèves qui ne savent pas encore ce que c'est que le droit peuvent comprendre les difficultés d'une matière qui est une des plus ardues du code! On dira que, chez nous, ils ont étudié le droit romain, avant de suivre les cours de droit civil, et que leur esprit juridique est déjà développé. Je le veux bien. Mais je demande encore une fois comment on expliquera la matière des

statuts et de la rétroactivité à des élèves qui n'ont aucune notion de droit civil? Et puis, est-il bien nécessaire d'enseigner tout? Quel est le but suprême de l'enseignement? N'est-ce pas de développer et de fortifier l'intelligence? Et faut-il, pour cette gymnastique intellectuelle, entasser dans l'esprit des élèves, pour mieux dire dans leur mémoire, connaissances sur connaissances? Je crois que le but sera mieux atteint en enseignant le moins possible, et en obligeant les élèves à travailler le plus possible; et ils ne peuvent travailler utilement qu'en étudiant les principes qui seuls sont à leur portée. Donc des principes et rien que des principes. C'est dans ce but que j'ai écrit ce livre. Les élèves l'étudient, et moi je les interroge. Mes leçons sont des conférences. Si elles sont bien données, les élèves en sortiront fortifiés, sachant penser : j'aurai fait des hommes. N'est-ce pas là la charge d'âmes qui incombe au maître, au professeur d'université, aussi bien qu'à l'humble instituteur?

Un mot encore sur le *Cours de droit civil élémentaire*. Il doit servir d'abord aux élèves pour se préparer à la leçon, pour mieux dire, aux conférences. Ce sont eux qui parlent; le professeur se borne à interroger, et à rectifier les réponses Cette méthode d'enseignement paraîtra étrange; elle n'est cependant pas nouvelle, et elle peut prendre appui sur la plus grande autorité, car elle ne fait qu'appliquer, dans des proportions très-modestes, la méthode socratique. C'est encore à M. Ernst que j'en dois l'idée. Il interrogeait, quand j'ai suivi son cours d'Institutes, pendant la moitié de l'année, et s'il professait oralement, c'est qu'il n'avait pas de manuel à mettre entre nos mains. Ces conférences étaient plus utiles aux élèves que les plus savantes leçons. Cela se conçoit facilement. Quand le professeur parle, l'élève est passif, il écoute, prend des notes, et s'approprie l'enseignement du maître. Dans les conférences, c'est lui qui a la parole, il doit répondre, développer sa pensée, enseigner, dans une certaine mesure. Quand le professeur a le talent d'interroger, comme M. Ernst

l'avait au plus haut degré, il fera ce que faisait Socrate, il développera le sens juridique et l'intelligence de ses élèves. Ceux-ci apprendront à énoncer leurs idées en termes clairs et précis, et ils apprendront aussi à avoir des idées précises. Cette méthode stimule le travail propre de l'élève, et n'est-ce pas là le but suprême de l'enseignement? L'élève profite, non de ce que nous lui enseignons, mais de son travail, de son activité intellectuelle. Si nous réussissons, l'élève sera fortifié, comme on l'est par une rude gymnastique; il saura moins de controverses, mais il sera capable de discuter.

Mon livre, je l'espère, sera encore utile aux jeunes avocats, aux jeunes magistrats, et à tous ceux qui doivent ou veulent savoir les principes de droit. Ce n'est pas un manuel à la façon allemande, incomplet, et que le professeur doit compléter. Il se comprend sans commentaire. On y trouve les principes et les motifs des principes : c'est tout le droit.

F. LAURENT.

Gand, le 1er décembre 1877.

INTRODUCTION.

(*Principes de droit civil*, t. Ier. Introduction) (1).

Sommaire.

1. Le *Code Napoléon* a d'abord été publié sous le titre de *Code civil des Français* (loi du 30 ventôse an XII). Cette première rédaction subit une modification après l'établissement de l'empire. Par suite du changement dans l'ordre politique, il parut convenable de modifier la rédaction; les expressions qui se rapportaient à la forme du gouvernement républicain furent remplacées par des expressions monarchiques. Au lieu de *République, premier consul, gouvernement* ou *nation,* on mit *Empire*, *empereur, État*. On donna au code le nom de *Code Napoléon* (loi du 3 septembre 1807). Ce n'est pas que Napoléon ait le premier conçu le projet de codification; c'est une idée de 1789; c'est donc à la révolution qu'appartient la gloire d'avoir donné à la France une législation uniforme.

(1) J'indique, en tête de chaque titre et de chaque page, le volume des *Principes* auquel je renvoie. Les chiffres cités à la fin des numéros du *Cours élémentaire* sont les numéros du volume : on a à l'instant la page, en recourant aux tables qui terminent les volumes des *Principes.* C'est là que le lecteur trouvera, s'il le veut, les témoignages et les autorités.

Toutefois, il faut le reconnaître, le travail de codification tenté avant le premier consul n'avait pas abouti. Dès son avénement au pouvoir, il songea à remplir le vœu manifesté par l'Assemblée nationale, et il réussit (nos 1, 17 et 18).

2. L'ancienne France se divisait en pays de droit écrit et pays de droit coutumier. Dans les premiers, on suivait le droit romain : c'étaient la Guienne, le Languedoc, la Provence, le Dauphiné, le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez et l'Auvergne. Dans les autres provinces, on suivait les coutumes d'origine germanique. Cette division existait dès le XIIIe siècle.Le droit romain dominait au midi de la Gaule, parce que la civilisation romaine y avait jeté de profondes, racines, tandis que, dans le nord, l'élément latin, détruit par les Barbares, avait fait place à l'élément germanique.

Là ne s'arrêtait pas la diversité du droit dans l'ancienne France. Le droit écrit que l'on suivait dans le midi n'était pas le droit romain dans toute sa pureté; il avait subi des modifications profondes sous l'influence des mœurs et des idées nouvelles. C'est le droit romain altéré, et on peut dire, corrigé par l'équité coutumière, qui passa dans notre code (n° 3).

Les coutumes régnaient dans la plus grande partie de la France. Il est de la nature du droit coutumier de varier d'une province à l'autre, d'une ville à l'autre. On comptait environ 60 coutumes générales, ainsi appelées parce qu'elles étaient observées dans une province entière et 800 coutumes locales, qui n'étaient obligatoires que dans une ville, un bourg ou un village. L'incertitude est de l'essence du droit coutumier; on s'en plaignait en France dès le XIIIe siècle. Charles VIII, faisant droit à un vœu émis par les états généraux, ordonna (lettres patentes du 28 juin 1453) que toutes les coutumes seraient rédigées par écrit et soumises ensuite à l'approbation du parlement. Le droit coutumier acquit dès lors force de loi.

3. Outre les coutumes et le droit romain, il y avait les ordonnances et les édits des rois. C'étaient des lois proprement dites; elles jouent un rôle secondaire dans l'ancien droit. La royauté, quoique jouissant de la plénitude du pouvoir législatif, ne sentait pas le besoin d'intervenir dans les matières d'intérêt privé : le droit écrit dans les provinces du midi, les coutumes dans les autres, satisfaisaient aux besoins de la pratique. Il n'y a guère

que les ordonnances publiées sous Louis XV, par les soins du chancelier d'Aguesseau, sur les donations, les testaments et les substitutions, qui aient été mises à profit par les auteurs du code civil; elles forment la source du titre des *Donations et Testaments* (n° 5). La diversité était si enracinée dans les mœurs, que le législateur se voyait obligé de la respecter; l'ordonnance de 1735 prescrivait des formes différentes pour les testaments, suivant qu'ils seraient faits dans le midi de la France ou dans le nord (n° 7).

4. La révolution eut, dès les premiers jours de 1789, l'ambition de remplacer ce droit divers par une loi commune, la même pour tous. En attendant que les assemblées nationales pussent se livrer à ce long travail, elles voulurent mettre le droit privé en harmonie avec le nouvel ordre social. De là une série de lois que l'on appelle le droit intermédiaire ou révolutionnaire. Ces innovations furent salutaires : pour la première fois depuis que le monde existe, les hommes furent déclarés libres et égaux, et le sol fut affranchi de toute servitude. Mais les lois de la révolution ajoutèrent un nouvel élément de diversité à ceux qui existaient. Le droit devint un véritable chaos. Cependant l'unité politique décrétée par l'Assemblée constituante demandait aussi un droit national. La constitution de 1791 décréta qu'il serait fait un code des lois civiles communes à tout le royaume (n° 9).

5. Les projets de code civil successivement présentés n'aboutirent point. Après le coup d'État de thermidor, un arrêté des consuls (24 thermidor an VIII) nomma une commission chargée de présenter un projet de code ; la commission se composait de Tronchet, président de la cour de cassation, Bigot-Préameneu, procureur général près cette cour, Portalis, commissaire du gouvernement près le conseil des prises, et Maleville, conseiller à la cour de cassation, qui devait remplir les fonctions de secrétaire.

Le projet rédigé par la commission fut discuté au conseil d'État, conformément à la constitution de l'an VIII, d'après laquelle le conseil d'État était chargé de rédiger les projets de loi. Le pouvoir législatif était réparti entre les consuls, le Tribunat, le Corps législatif et le Sénat conservateur. Le Tribunat discutait les projets de loi proposés par les consuls, il émettait un vœu d'adoption ou de rejet, sans pouvoir les amender. Ce vœu était

transmis au Corps législatif qui adoptait ou rejetait les projets de loi, mais sans délibération, après avoir entendu l'orateur du gouvernement nommé par le conseil d'Etat, et l'orateur du Tribunat nommé par les tribuns. Dans les dix jours qui suivaient l'adoption d'un décret, le Tribunat pouvait former un recours pour cause d'inconstitutionnalité devant le Sénat, lequel avait le pouvoir d'annuler la loi, si elle était inconstitutionnelle (n° 15).

Le Tribunat était hostile à Napoléon. Sur sa proposition, le Corps législatif avait rejeté le premier projet de loi, comprenant le Titre préliminaire, et le second menaçait d'avoir le même sort. Un nouveau coup d'État brisa la résistance du Tribunat, en le mutilant. Sous le nouveau régime, les projets de loi arrêtés par le conseil d'État étaient communiqués officieusement au Tribunat. Quand la section chargée de cet examen préparatoire proposait des modifications, la section de législation du conseil d'État en délibérait, et si elle n'était pas d'accord, des conférences s'établissaient entre les deux sections du conseil d'État et du Tribunat. C'est seulement après ces conférences qu'un rapport était fait au Tribunat, au nom de la section de législation, et que le projet arrêté par lui était transmis au Corps législatif (n° 16).

C'est dans ces formes que les projets de code civil furent discutés, adoptés, puis publiés séparément pendant les ans x, xi et xii. Après que toutes les parties eurent été votées, les divers titres furent réunis en un seul corps. L'édition nouvelle, publiée sous l'empire, a conservé force de loi en Belgique (n°s 17 et 18).

6. La loi du 30 ventôse, qui réunit les divers titres en un seul corps de lois, contient une disposition importante sur l'abrogation de l'ancien droit. Nous transcrivons l'article 7 : « A compter du jour où le code civil sera exécutoire, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code. » Cette abrogation de l'ancien droit ne doit pas être confondue avec celle qui résulte d'ordinaire d'une loi nouvelle. L'article 7 n'abroge pas seulement les lois anciennes qui sont contraires au code civil, il abroge l'ancien droit, par cela seul que les *matières* qu'il réglait font l'objet du code civil ; de sorte que le code abroge l'ancien droit quand même il serait conci-

liable avec le droit nouveau, ce qui aboutit à peu près à l'abrogation totale du droit antérieur à 1789, car le code règle toutes les matières de droit privé, à l'exception de l'emphytéose et de la superficie; l'ancien droit restait donc en vigueur en ces deux matières; sous le royaume des Pays-Bas, la lacune a été comblée par des lois spéciales, de sorte qu'en Belgique on peut dire que tout l'ancien droit est abrogé (n° 25). C'est à dessein que les auteurs du code ont abrogé l'ancien droit d'une manière complète; ils ont voulu mettre fin à la diversité infinie qui faisait de l'ancienne jurisprudence un véritable chaos; or, s'ils avaient maintenu l'ancien droit, en tant qu'il n'aurait pas été contraire au code civil, le droit romain se serait perpétué dans les pays de droit écrit et les coutumes dans les pays de droit coutumier (n° 26).

7. Quoique le droit ancien soit abrogé, il sert à interpréter le droit moderne dans les matières qui sont empruntées au droit romain, aux coutumes et aux ordonnances. Il importe donc de savoir quelle est la part de ces divers éléments dans le code Napoléon. Nous laissons de côté les ordonnances, pour lesquelles il n'y a aucun doute. Il est certain aussi que les dispositions du code puisées dans les lois romaines doivent être interprétées d'après le droit romain, bien entendu le droit romain modifié par l'équité coutumière, car les lois romaines n'étaient suivies qu'à titre de raison écrite. Ce ne sont donc pas les compilations de Justinien qu'il faut consulter, mais les écrits des anciens jurisconsultes, notamment ceux de Pothier et de Domat, qui sont les vrais auteurs du code civil. Quant aux matières que le code a empruntées aux coutumes, on les interprète naturellement par le droit coutumier.

Reste l'esprit général du code, qui est celui des coutumes. Cela devait être, et il est heureux que cela soit. Le droit est un élément de la vie des peuples, il se modifie donc avec la vie. Nos sentiments, nos idées, notre civilisation ne sont plus ce qu'ils étaient à Rome; nous ne sommes plus des Romains; comment notre droit serait-il encore celui d'un peuple dont nous différons sous tant de rapports? Si les Germains ont pris la place du peuple-roi, c'est que la Providence les destinait à présider à une nouvelle ère de l'humanité. Il est donc naturel qu'ils y aient

la première place. Il faut s'en féliciter. Le droit romain a sans doute une supériorité incontestable en ce qui concerne la rigueur des principes; nous préférons l'équité coutumière comme principe de législation. Après tout, les principes sont faits pour les hommes, les hommes ne sont pas faits pour les principes.

TITRE PRÉLIMINAIRE.

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LES LOIS.

(*Principes de droit civil*, t. Ier).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SANCTION, DE LA PROMULGATION ET DE LA PUBLICATION DES LOIS.

Sommaire.

8. Définition de la loi. Le droit et la loi. Les règles juridiques et les règles morales.
9. Qu'est-ce que la *sanction?* et quel en est l'effet ?
10. Qu'est-ce que la *promulgation?* et quel en est l'effet ?
11. Qu'est-ce que la *publication?* Quel en est l'effet? En quel sens l'ignorance du droit n'excuse point.

8. La loi est une déclaration solennelle de la volonté du souverain sur un objet de régime intérieur et d'intérêt commun. Le droit existe avant d'être déclaré par le législateur; il a été gravé dans nos consciences par Celui qui vit en nous et dans lequel nous vivons. Ce droit est éternel, parce qu'il est l'expression de la justice éternelle. Il se révèle à la conscience humaine à mesure que l'homme approche de la perfection divine. Le droit est donc progressif comme toutes les manifestations de l'esprit humain. C'est au législateur de suivre les progrès qui s'accomplissent dans la conscience générale.

Mais le droit est antérieur à la loi. Le législateur ne fait que le formuler. Ce qui caractérise le droit et la loi, c'est que les règles qu'ils établissent sont obligatoires pour les hommes, en ce sens qu'elles sont susceptibles d'une exécution forcée. Quand les hommes n'observent pas la loi, ils y sont contraints par l'autorité publique. En cela les règles juridiques diffèrent des règles morales qui excluent la contrainte. Les devoirs que la morale prescrit n'ont aucun effet en droit; ils n'ont d'autre sanction que la conscience (n°s 2, 5). A plus forte raison en est-il ainsi des préceptes religieux; la religion est un rapport entre l'homme et Dieu; la plus entière liberté est de l'essence de ce lien.

9. Le code ne parle pas de la *sanction*, parce que, sous l'empire de la constitution de l'an VIII, les lois n'avaient pas besoin d'être sanctionnées. D'après notre constitution (art. 69), le roi sanctionne les lois. La loi n'existe donc que lorsqu'elle est sanctionnée. La loi du 28 février 1845 prescrit la forme dans laquelle le roi doit donner sa sanction. L'article 1er porte : « La sanction se fera de la manière suivante : Léopold, roi des Belges, à tous présents et à venir, salut. Les chambres ont adopté et nous sanctionnons ce qui suit. » Cette formule est placée en tête des lois, lors de leur publication par la voie du *Moniteur*. La sanction est donc rendue publique. Cette publicité est requise pour donner une date certaine à la loi. C'est par la sanction, rendue publique, que les citoyens apprennent que la loi existe (n°s 6 et 7).

10 La loi est *promulguée* en même temps que sanctionnée. L'article de notre constitution qui donne au roi le droit de sanction dit aussi que le roi promulgue les lois (art. 69). Aux termes de la loi du 28 février 1845, la *promulgation* consiste dans la formule suivante placée à la fin des lois, lors de leur insertion au *Moniteur* : « Promulguons la présente loi, ordonnons qu'elle soit revêtue du sceau de l'État, et publiée par la voie du *Moniteur*. »

Dans le langage vulgaire, on confond la *promulgation* avec la *publication*. Notre constitution les distingue (art. 69 et 129). La distinction date de la révolution de 1789, c'est-à-dire du régime constitutionnel. Un décret du 9 novembre 1789 règle les formes dans lesquelles la *promulgation* doit se faire, et détermine le mode de *publication* des lois. D'après ce décret, comme d'après notre constitution, la promulgation est un acte solennel, par lequel le

roi atteste au corps social l'existence de la loi et ordonne aux tribunaux et aux corps administratifs de l'exécuter. Afin de donner un caractère authentique à cette solennité, le roi signe la loi, les ministres contre-signent, et le sceau de l'État y est apposé.

Quel est l'effet de la promulgation? L'article 1er du code civil dit que les lois sont *exécutoires* en vertu de la promulgation. Cela veut dire que la loi promulguée peut être exécutée, et qu'elle a tous les caractères requis pour pouvoir être exécutée; il ne faut plus d'autre formalité. Il n'en était pas de même sous l'ancien régime : la loi n'était exécutoire, dans le ressort des divers parlements, qu'après avoir été vérifiée et enregistrée. La vérification était un examen, une discussion de la loi nouvelle; l'enregistrement était la transcription de la loi vérifiée sur les registres de la cour. Les parlements s'étaient arrogé le droit de refuser l'enregistrement, de sorte que, en fait sinon en droit, il ne suffisait pas de la volonté royale pour rendre la loi exécutoire, il fallait de plus le concours des parlements. Sous notre régime constitutionnel, la loi est exécutoire en vertu de la promulgation que le roi fait de la loi; il la fait comme chef du pouvoir exécutif. C'est un acte obligatoire à la différence, de la sanction que le roi peut refuser.

La promulgation a un second effet, c'est que le roi ordonne aux autorités judiciaires et administratives d'exécuter la loi. Cela est dit en termes exprès dans les formules de promulgation usitées depuis la révolution. La loi de 1845 n'a pas reproduit ces formules; on a dit, avec raison, que le devoir d'exécuter la loi résulte de la nature de la loi; il est inutile d'ordonner une exécution qui est de droit. Mais cela n'était pas inutile en 1789, alors qu'on voulait mettre fin à l'usurpation des parlements (nos 8, 9, 12, 13, 14 et 15).

11. La constitution belge porte (art. 129) que les lois ne sont *obligatoires* qu'après avoir été publiées dans les formes légales. Qu'est-ce que la *publication?* Il ne faut pas la confondre avec les moyens que l'on emploie pour faire parvenir la loi à la connaissance de tous les citoyens : c'est la *publicité de fait*, qui ne rend jamais la loi publique, en ce sens, qu'elle soit réellement connue de tous. Le législateur a donc dû se contenter d'une présomption de publicité; c'est en cela que consiste la *publication légale*, qui

fixe le moment où la loi est présumée connue et par suite obligatoire. D'après la loi du 28 février 1845, les lois sont insérées au *Moniteur*, immédiatement après leur promulgation ; le dixième jour après celui de cette insertion, les lois sont obligatoires. De fait, elles ne sont pas connues de tous les citoyens, mais il a fallu présumer qu'elles le sont, afin d'assurer la force obligatoire des lois. Le calcul du délai après lequel les lois sont obligatoires est très-simple. On ne compte pas le jour où les lois paraissent au *Moniteur*, puisque les lois sont obligatoires le dixième jour *après* leur insertion; et le dixième jour ne doit pas être écoulé, puisque les lois sont déjà obligatoires le dixième jour (n°s 16, 19, 20).

Quel est l'effet de la publication? Notre constitution dit que les lois ne sont *obligatoires* qu'après avoir été publiées dans la forme légale. Les lois sont *exécutoires* en vertu de la promulgation ; elles ne deviennent *obligatoires* que par la *publication*. Une loi non publiée n'oblige pas les citoyens ; par contre, lorsqu'elle est publiée, elle les oblige, quand même, de fait, ils ne la connaîtraient pas (n° 23).

On a conclu de là que chacun étant censé connaître la loi, l'ignorance des lois n'excuse point. Cela est trop absolu. La présomption qui rend les lois obligatoires quand elles sont publiées est fondée sur un intérêt général : il n'y aurait pas de société possible, si les lois n'avaient pas une force obligatoire indépendante de l'ignorance, du caprice ou du mauvais vouloir de ceux qu'elles obligent. Dès qu'il y a un intérêt social en cause, les citoyens ne peuvent pas prétexter l'ignorance de la loi. Mais si la loi est d'intérêt privé, s'il s'agit de rapports entre particuliers, on ne peut plus dire qu'ils sont censés connaître les lois, et que l'ignorance du droit ne les excuse point; ils peuvent invoquer l'erreur de droit aussi bien que l'erreur de fait (n° 24). Nous reviendrons sur ce principe. Il faut ajouter qu'il importe que les lois soient cconnues de tous, non-seulement dans leur intérêt, mais aussi dans l'intérêt général. En Belgique, la nation est souveraine : et qu'est-ce qu'une souveraineté exercée par ceux qui ne comprennent pas ce qu'ils font, et qui ignorent les actes de leurs représentants? Le premier devoir du législateur est donc de répandre l'instruction à flots.

CHAPITRE II.

DE L'AUTORITÉ DE LA LOI.

SECTION I. – Devoirs des tribunaux et des citoyens.

Sommaire.

12. Le juge ne peut pas juger la loi, ni en refusant de l'appliquer parce qu'elle serait injuste, ni en l'étendant pour lui faire dire autre chose que ce qu'elle dit.
13. Les citoyens doivent obéissance à la loi, quelque injuste qu'elle soit.

12. Les tribunaux ont pour mission d'appliquer la loi; peuvent-ils s'y refuser par le motif que la loi violerait les principes du juste et de l'injuste que Dieu a gravés dans notre conscience? Non, le juge ne peut pas juger la loi; s'il le pouvait, la loi ne serait plus ce qu'elle doit être, une règle obligatoire, il n'y aurait donc plus de loi. Il y a eu des lois d'une injustice évidente, celles qui, en rétroagissant, enlèvent aux citoyens un droit qui est dans leur domaine; cependant les tribunaux ont dû les appliquer (n° 30). Il ne s'est pas encore trouvé de juge qui ait osé déclarer une loi non obligatoire parce qu'elle est injuste. Mais il arrive trop souvent que les interprètes cherchent à donner à la loi un sens qui la concilie avec l'équité, en faisant dire au législateur ce qu'il n'a pas voulu dire. Les interprètes n'ont pas le droit de rendre la loi équitable malgré le législateur, c'est au fond juger la loi en ne l'appliquant pas telle qu'elle est : le juge ne peut pas plus éluder l'application de la loi que se refuser à l'appliquer.

13. Si les juges sont enchaînés par la loi, alors même qu'elle serait évidemment injuste, à plus forte raison les citoyens doivent-ils obéissance à la loi, quelque inique qu'on la suppose. Le droit de résistance à la loi ne se conçoit point. Obéir à la loi est un devoir, résister à la loi est donc la violation d'un devoir; c'est un crime, et il n'y en a pas de plus grand, car il ruine les fondements de la société. L'autorité dont jouit la loi est la base de l'ordre social. Si les citoyens pouvaient s'opposer à l'exécution de la loi, il n'y aurait plus de lois, et là où les lois n'ont plus d'em-

pire, l'anarchie règne, le corps social est dissous, il doit nécessairement mourir (n° 32).

SECTION II. — Des actes conformes à la loi.

Sommaire.

14. La loi les sanctionne, et le juge doit en assurer l'exécution.

Les actes conformes à la loi sont valables en ce sens que le législateur les sanctionne, en leur donnant l'appui de la puissance publique, pour assurer l'exécution forcée des obligations qui en découlent et des droits qui en résultent (n° 34). A plus forte raison le juge doit-il maintenir les actes que les particuliers font en se conformant à la loi. Le législateur est l'organe des intérêts généraux de la société; il les règle avec une entière liberté, et ne doit s'arrêter que lorsqu'il rencontre un droit qu'il est tenu de respecter; il peut donc et il doit changer les lois, pour les mettre en harmonie avec les progrès que la société réalise (n° 35). Il n'en est pas de même du juge; lié par la loi, il est lié aussi par les conventions que les parties font pour régler leurs intérêts; les citoyens jouissent à cet égard de la plus grande liberté, tant qu'il ne s'agit que de leurs intérêts privés; ce qu'ils font leur tient lieu de loi, et le juge doit respecter cette loi, et lui donner main forte, bien loin de pouvoir la modifier.

SECTION III. — Des actes contraires à la loi.

Sommaire.

15. Les parties peuvent déroger aux lois d'intérêt privé.
16. Les parties ne peuvent pas déroger aux lois d'intérêt général.
17. Les conventions qui dérogent aux lois *d'ordre public* sont nulles.
18. Les conventions qui dérogent aux *lois concernant les bonnes mœurs* sont nulles, de même celles qui sont contraires aux *bonnes mœurs*.
19. Les autres lois ne sont sanctionnées par la peine de nullité que lorsque telle est la volonté du législateur. Cette volonté peut se manifester soit par la forme prohibitive, soit par la nature de la disposition.
20. En quel sens les actes sont-ils nuls? Qui peut en demander la nullité?
21. Différence entre les actes *inexistants* et les actes *nuls*.

15. Tout acte contraire à la loi n'est pas nul. Il y a diverses distinctions à faire. Quand le législateur porte des lois sur les

contrats, il n'entend pas imposer aux parties contractantes les règles qu'il trace sur les conditions et les effets de leurs conventions; il leur laisse à cet égard pleine et entière liberté. Cette liberté est de l'essence des contrats, parce que les parties connaissent mieux que le législateur ce que leur intérêt exige. Le législateur, dans cette matière, ne fait que prévoir ce que les parties voudront, d'après la nature du contrat, sans entendre ni commander ni défendre; il leur permet par cela même de déroger à la loi; dès lors, il ne peut être question de nullité, puisque en dérogeant à la loi, les parties ne font que ce que le législateur les autorise à faire (n° 37).

16. Il n'en est pas de même des lois qui sont d'intérêt général. En principe, les particuliers n'y peuvent pas déroger; l'intérêt particulier est subordonné à l'intérêt public; l'existence de la société serait compromise, si l'individu pouvait mettre ses convenances au-dessus des convenances sociales. Les volontés particulières doivent plier devant la volonté générale; de là la conséquence que les actes contraires à une loi d'intérêt général doivent être frappés de nullité (n° 39). Cependant le principe ainsi posé est trop absolu. Il y a des matières qui sont d'intérêt général, telles que le mariage. Est-ce à dire que toutes les formalités prescrites par la loi doivent être observées sous peine de nullité? Non, le législateur ne permet pas d'annuler le mariage pour inobservation de la moindre formalité, il ne prononce la nullité que pour des causes graves, parce que l'annulation du mariage produirait plus de mal que le maintien du mariage malgré la violation de la loi. Il y a donc des distinctions à faire.

17. L'article 6 du code Napoléon porte que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Qu'entend-on par lois concernant l'*ordre public?* Cette expression a deux sens, l'un spécial, l'autre général. L'*ordre public* implique un arrangement dans la société; chaque personne y a son rang, soit politique, soit civil. C'est la constitution qui détermine l'ordre politique; nous le laissons de côté. Le code civil classe les personnes d'après leur âge, leur sexe, leur capacité, leur nationalité, leur état. De là la division des individus en étrangers et indigènes, en majeurs et mineurs, en hommes et femmes, en mariés et célibataires, en

capables et incapables. Ainsi le classement des personnes établit une certaine position sociale, que nous appelons état et l'état a pour conséquence la capacité ou l'incapacité. De là la définition des *lois d'ordre public* : ce sont celles qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée (n° 47).

Les mots *ordre public* ont encore un sens traditionnel plus large ; ils sont synonymes d'*intérêt public*. On distingue, sous ce rapport, les lois qui ne touchent qu'à l'utilité privée des hommes, et celles qui intéressent plus directement la société que les individus. Ces dernières lois sont de *droit public*, et il a toujours été de principe que les particuliers ne peuvent déroger au droit public ; s'ils y dérogent, leurs actes sont nuls ; l'article 6 ne le dit pas en termes formels, mais le code n'a fait que reproduire la règle traditionnelle qui frappait de nullité tout acte contraire au droit public ; l'Exposé des motifs explique la loi en ce sens. Le législateur ne peut pas donner sa sanction à des conventions qui compromettraient l'existence de la société. Il en faut dire autant des lois qui règlent l'état des personnes : c'est par des considérations d'intérêt social que la loi fixe l'état et la capacité ou l'incapacité qui y est attachée ; dès lors les conventions des particuliers qui y dérogeraient doivent être frappées de nullité (n°s 48-50, 52).

18. L'article 6 met sur la même ligne les lois qui intéressent l'*ordre public* et celles qui intéressent les *bonnes mœurs*. On entend par mœurs les habitudes naturelles ou acquises, pour le bien ou pour le mal, dans tout ce qui regarde la conduite de la vie. Les lois qui intéressent les *bonnes mœurs* sont donc celles qui ont pour objet de faire acquérir des habitudes pour le bien ou d'empêcher les hommes de contracter des habitudes pour le mal. Mais les lois ne s'occupent guère des mœurs que pour réprimer les actions qui troublent l'ordre social, c'est-à-dire les délits. Les lois pénales intéressent donc les bonnes mœurs ; il est défendu aux particuliers d'y déroger. Le législateur va plus loin, il prohibe non-seulement les conventions contraires aux *lois* qui concernent les bonnes mœurs, il dit que les conventions *contraires aux bonnes mœurs* ne peuvent avoir aucun effet (art. 1131 et 1133). Comment le juge saura-t-il ce qui est contraire aux mœurs? Il interrogera sa conscience. La morale est progressive, comme tous les éléments de notre nature ; à chaque époque de la

vie de l'humanité, il y a une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte; c'est cette morale publique que les particuliers ne peuvent pas blesser par leurs conventions, et s'ils le font, leurs actes sont nuls. L'article 1131 le dit pour les conventions contraires aux *bonnes mœurs*, on doit en dire autant des conventions contraires à une *loi intéressant les bonnes mœurs* (n°s 54-57).

19. Il y a des lois qui sont étrangères à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les particuliers peuvent-ils y déroger, et s'ils y dérogent, leurs actes sont-ils nuls? La question des nullités et une des plus difficiles de notre droit. Il y a un principe sur lequel tout le monde est d'accord, c'est que les nullités ne peuvent être établies que par la loi, et que le législateur seul a le droit de les prononcer. Le juge ne peut pas annuler de sa propre autorité un acte que le législateur n'a pas voulu annuler. Au législateur seul il appartient de voir quelle sanction il veut donner à ses dispositions; cette question ne peut être décidée que par un pouvoir qui a pour mission de régler les intérêts généraux de la société, c'est-à-dire par le pouvoir législatif; quant au juge, il est appelé à appliquer la loi, il ne peut pas la faire (n° 41). Le législateur aurait donc dû déterminer les cas dans lesquels les actes contraires à la loi sont nuls. Il ne l'a pas toujours fait. Dans le silence de la loi, il faut consulter la volonté probable du législateur. Cette volonté se manifeste soit par la rédaction de la loi, soit par le fond de sa disposition.

Il est de principe que les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. Cette règle, empruntée au droit romain (n° 59), avait été insérée dans le projet du code civil rédigé par la commission de l'an VIII; elle est fondée sur la nature des lois prohibitives et sur la volonté du législateur. S'il prohibe un acte, il doit avoir des raisons majeures de le faire, car, en général, il laisse pleine liberté aux citoyens de régler leurs intérêts comme ils l'entendent. Les dispositions prohibitives limitent cette liberté; si, malgré une défense légale, les particuliers font ce qu'ils n'ont pas le droit de faire, leurs actes ne peuvent pas avoir de valeur. S'il leur était permis de violer impunément la loi, que deviendrait le respect des lois? Il est impossible que le législateur donne sa

sanction à des actes qui violent et méprisent son autorité (n° 60). Nous disons que telle est la volonté du législateur. En voici un exemple. Les articles 215 et 217 établissent le principe que la femme *ne peut* faire aucun acte juridique sans autorisation maritale. Le code ne prononce pas la nullité; mais la disposition étant prohibitive, elle implique la nullité; c'est ce que suppose l'article 225 : « La nullité fondée sur le *défaut d'autorisation* ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers ». Cet article ne prononce pas la nullité, et tel n'est pas son but; il suppose qu'il y a nullité par cela seul que les dispositions prohibitives des articles 215 et 217 ont été violées; donc la prohibition est irritante, c'est-à-dire qu'elle suffit pour emporter nullité (n° 60 et 61).

Quand la loi n'est pas prohibitive, le juge doit chercher la volonté du législateur dans la nature de la disposition. Toutes les lois n'ont pas une égale importance; toutes ne doivent donc pas avoir pour sanction la nullité. L'annulation produit toujours un grand mal, c'est de jeter le trouble dans les relations civiles : le législateur ne doit donc prononcer la nullité que lorsqu'il y a un intérêt majeur à sanctionner l'observation d'une règle en déclarant nul l'acte qui y contrevient. Les auteurs du code n'ayant pas toujours fait cette distinction, c'est au juge de la faire : de là la doctrine des nullités virtuelles. Si la loi prescrit une formalité, par exemple, qui tient à la substance de l'acte, il est certain que le législateur a entendu qu'elle fût observée sous peine de nullité, et il l'aurait prononcée s'il avait prévu la difficulté. En déclarant l'acte nul, le juge ne fait donc qu'obéir à la volonté tacite du législateur; en ce sens, la nullité est virtuellement établie par la loi. Mais si les formalités sont d'un intérêt secondaire, on ne peut plus supposer que l'intention du législateur ait été de les prescrire sous peine de nullité; dans ce cas, le juge maintiendra l'acte, quoique contraire à la loi (n°s 67 et 68).

20. Quand un acte est nul, cela veut dire qu'il est annulable, que la nullité en peut être demandée en justice. C'est une vieille maxime du droit français que « nullités de plein droit n'ont lieu en France ». On a toujours entendu cet adage en ce sens qu'il faut s'adresser à la justice pour obtenir l'annulation de l'acte. Cela est fondé en raison. La question de savoir si un acte nul

doit être annulé est d'intérêt privé; le législateur ne doit pas la trancher, car il risquerait d'annuler un acte que les parties auraient intérêt à maintenir, et dont elles veulent le maintien (nº 69).

Qui peut demander la nullité? Quand la nullité est établie dans un intérêt public, toute partie intéressée peut demander l'annulation de l'acte; la société est intéressée à ce que l'acte soit annulé; la loi doit donc permettre à tous ceux qui y ont intérêt d'en poursuivre l'annulation. Mais quand la nullité est d'intérêt privé, il faut limiter le droit d'agir à ceux dans l'intérêt desquels la loi a prononcé la nullité (nº 72).

21. Il ne faut pas confondre les actes nuls avec les actes inexistants. Il y a des conditions requises pour qu'un acte juridique existe; si l'une de ces conditions fait défaut, l'acte n'a pas d'existence aux yeux de la loi, c'est le néant, et le néant ne produit aucun effet. Le code n'a pas de terme technique pour désigner ces actes : la doctrine les appelle nuls de plein droit, comme le fait l'article 1117, ou inexistants : nous employons cette dernière expression parce qu'elle est plus simple (nº 71). Les actes inexistants ne donnent pas lieu à une action en nullité; on ne demande pas la nullité du néant; le juge ne doit donc pas intervenir pour les annuler; si une contestation s'élevait sur un acte pareil, le juge se bornerait à déclarer que l'acte n'a pas d'existence légale. Toute personne intéressée peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte, un acte qui n'existe pas ne pouvant avoir d'effet à l'égard de personne. Nous exposerons ailleurs les principes qui régissent cette matière.

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DES LOIS QUANT AUX PERSONNES ET QUANT AUX BIENS.

§ I. *Des lois personnelles et des lois réelles.*

Sommaire.

22. Qu'entend-on par lois *personnelles* et quel en est l'effet?
23. Quel est le statut personnel de l'étranger qui réside en France?
24. Qu'entend-on par lois *réelles* et quel en est l'effet?
25. Les meubles sont-ils soumis au statut réel?

22. Les Français sont-ils régis à l'étranger par les lois françaises? Ces lois régissent-elles les étrangers qui résident en France? Il faut distinguer entre les lois personnelles et les lois réelles L'article 3 définit les lois personnelles et leur effet : ce sont celles qui concernent l'état et la capacité des personnes; elles régissent les Français, même résidant en pays étranger. On appelle ces lois *personnelles* parce qu'elles sont attachées à la personne : le Français ne peut pas s'y soustraire en quittant sa patrie. S'il est mineur d'après le code civil, il restera mineur à l'étranger et, partant, incapable; s'il est majeur, il jouira de la capacité qui appartient au majeur. La raison en est que la personnalité tient à la nationalité : c'est une question de race. En effet, ce sont les mille éléments physiques, intellectuels, moraux, politiques, constitutifs de la nationalité, qui déterminent aussi l'état des personnes, leur capacité ou leur incapacité. Telle est la raison de la différence qui existe entre les lois personnelles des divers pays : ici l'on est majeur à vingt et un ans, ailleurs à vingt-cinq; ici le mariage est permis à douze ans, tandis qu'ailleurs il en faut quinze. Puisque les lois personnelles sont l'expression de la nationalité, il est naturel qu'elles suivent le Français à l'étranger; elles font partie de son individualité, elles sont entrées dans son sang : comment pourrait-il s'en affranchir? (n° 74.)

En quel sens les lois personnelles suivent-elles le Français à l'étranger? Un Français se marie en Angleterre à l'âge de vingt et un ans; le code civil ne permet le mariage sans le consentement de ses parents qu'à l'âge de vingt-cinq ans, tandis que les lois anglaises le permettent à vingt et un ans. Ce mariage n'aura aucune valeur en France; parce que la loi qui détermine les conditions du mariage est une loi personnelle, à laquelle le Français est soumis à l'étranger (n° 75).

23. Le principe des lois personnelles s'applique-t-il à l'étranger qui réside en France? Dans le silence du code, il faut procéder par voie d'analogie; or, il y a plus qu'analogie, il y a identité de motifs. L'étranger a sa nationalité, comme le Français a la sienne, il doit donc être régi en France par la loi de son pays en ce qui concerne son état, et la capacité ou l'incapacité

qui en résultent. Il suit de là qu'un Anglais pourra se marier en France, sans le consentement de ses parents, à l'âge de vingt et un ans. Ce mariage, valable en Angleterre, sera aussi valable en France (n° 83 et 84).

24 On entend par lois *réelles* celles qui régissent les immeubles. Le code (art. 3) pose le principe que les lois réelles reçoivent leur application à tous ceux qui possèdent des immeubles en France, qu'ils soient étrangers ou Français. La raison en est que la souveraineté doit exercer son empire sur toutes les parties du territoire, or c'est l'ensemble des immeubles qui constitue le territoire d'un Etat; il faut donc qu'ils soient régis exclusivement par les lois de cet Etat, sinon la souveraineté ne serait plus entière; si la loi anglaise régissait les immeubles que les Anglais possèdent en France, la souveraineté française serait sous la dépendance d'une souveraineté étrangère, ce qui est contraire au principe de l'indivisibilité de la puissance souveraine.

Les lois réelles diffèrent des lois personnelles. Celles-ci sont toujours les mêmes; l'homme ne pouvant avoir qu'une nationalité n'a aussi qu'une loi personnelle qui le suit partout. Les lois réelles, au contraire, varient selon les lieux où les biens sont situés, de sorte que celui qui possède des biens dans trois pays différents sera soumis à trois lois différentes et souvent contraires (n° 78).

25. Les meubles sont-ils soumis au statut réel? En théorie il n'y a pas de différence entre les meubles et les immeubles. La loi qui les régit devrait donc être celle du lieu où les meubles se trouvent. Mais, dans le silence du code, il faut tenir compte de la tradition, puisque la matière des lois ou statuts est traditionnelle. On a toujours considéré les effets mobiliers comme étant attachés à la personne à l'usage de laquelle ils servent; d'où la conséquence qu'ils sont régis par la loi personnelle. Il résulte de là une singulière anomalie. La succession d'un étranger s'ouvre en France; les immeubles seront régis par la loi française, et les meubles par la loi nationale du défunt. Ainsi un seul et même patrimoine sera distribué d'après des lois diverses (nos 117, 119, 120).

26. Les étrangers sont encore régis par les lois de police et de sûreté (art. 3). Chaque Etat a le droit et le devoir de veiller à sa

conservation. Or, comment un Etat pourrait-il se conserver et se maintenir s'il y avait dans son sein des hommes qui pussent impunément enfreindre sa police et troubler sa tranquillité. L'étranger ne peut pas se plaindre de ce qu'on lui applique les lois pénales, car il est protégé par ces mêmes lois dans sa personne et dans ses biens (n° 77).

27. La doctrine traditionnelle des statuts personnels et réels est-elle fondée en raison? En principe, toutes les lois sont personnelles : y aurait-il des lois s'il n'y avait pas de personnes? Il est vrai que les lois concernent aussi les biens; mais en quel sens? Parce que les droits et les obligations aboutissent directement ou indirectement à nous procurer les objets du monde physique qui nous sont nécessaires pour notre vie matérielle, intellectuelle et morale. Les biens ne sont jamais qu'un moyen pour la personne; donc les lois sont faites avant tout pour les personnes, et elles ne s'occupent des biens que pour l'utilité commune des hommes (n° 123).

La souveraineté que l'on invoque pour y appuyer la doctrine des statuts réels n'est pas intéressée dans ce débat. Si la personne de l'étranger n'est pas soumise aux lois françaises, pourquoi en serait-il autrement des biens qu'il possède en France? La souveraineté reste entière, quoique l'étranger soit régi par la loi de son pays en ce qui concerne son état; elle resterait aussi entière si les biens étaient régis par une loi étrangère. L'intérêt de la souveraineté n'est engagé que lorsqu'il s'agit de la conservation de l'Etat; il en est ainsi des lois de police et de sûreté. Telles sont encore les lois qui tiennent aux bases de la constitution : les étrangers et leurs biens sont soumis aux lois d'ordre public, c'est-à-dire aux lois qui organisent la liberté et l'égalité dans l'ordre civil. Les lois d'impôts, sans lesquelles l'Etat ne pourrait subsister, les lois de procédure qui président à la distribution de la justice sont également des lois réelles; elles tiennent aussi à un besoin de conservation. Mais les lois qui concernent la propriété privée, son acquisition et sa transmission, sont d'intérêt privé; donc la personnalité y domine (n°s 122-134). C'est dire que les lois sont, en général, personnelles, et que la réalité est l'exception.

Le principe de la réalité des lois a son origine dans la féoda-

lité. C'était un adage de notre ancien droit que les coutumes sont réelles, c'est-à-dire souveraines; tandis que les lois avaient été personnelles, pendant l'époque barbare, en ce sens qu'elles variaient, dans un seul et même empire, d'après la race. Les deux principes étaient excessifs et partant faux, mais chacun a un élément de vérité. Personnelles de leur nature, les lois deviennent réelles quand la souveraineté est en cause. Le code consacre cette théorie; seulement il étend trop loin le domaine de la souveraineté en soumettant à la loi de chaque pays les immeubles qui y sont situés, alors même qu'ils appartiennent à des étrangers (n°s 135-139).

Le principe de la personnalité des lois donne lieu à une difficulté que la science et la loi même sont impuissantes à décider. Comment la loi personnelle de l'étranger parviendra-t-elle à se faire respecter quand elle est en opposition avec la loi du pays où il réside? Il faut pour cela des traités qui réalisent le principe de la personnalité. Les législations particulières sont impuissantes, car elles n'ont d'autorité que dans les limites de la souveraineté dont elles sont l'organe et l'expression. Quant à la science, elle ne peut que préparer une œuvre qui établisse entre les peuples civilisés la communauté de droit, conséquence juridique de la fraternité des hommes (n° 140).

§ II. *Des lois concernant les formes des actes.*

Sommaire.

28. Sens du principe *Locus regit actum.*
29. Il ne s'applique pas aux formes qui tiennent au statut personnel ou au statut réel.

28. C'est un vieil adage que les formes d'un acte sont déterminées par les lois du pays où l'acte est passé : *Locus regit actum.* Ce principe est fondé d'abord sur la nécessité. Il arrive tous les jours qu'un Français est dans le cas de passer un acte à l'étranger ou qu'un étranger passe un acte en France; dans quelle forme ces actes seront-ils dressés? Il serait impossible de suivre la loi personnelle de celui qui figure dans l'acte, parce que les formes varient d'un pays à l'autre. D'après le droit prussien, les testaments se font en justice; si un Prussien voulait tester en France,

il ne pourrait pas le faire en justice, puisque les tribunaux sont incompétents pour recevoir des actes, la juridiction volontaire ayant été confiée aux notaires; il a donc fallu permettre au Prussien de tester par acte notarié en France, de même que le Français pourra tester en justice en Prusse. Ce que la nécessité commande est aussi conforme à la raison. Les formes dans lesquelles les actes doivent être reçus sont celles qu'on appelle *instrumentaires;* elles ont pour objet de garantir la libre expression de la volonté des parties qui passent l'acte, et c'est au législateur de chaque pays de régler les formes qui lui paraissent les plus propres à atteindre ce but. Cela dépend de l'état social et politique : ici le législateur a confiance dans le témoignage des hommes, là il s'en défie : ici la loi prescrit telles conditions pour être témoin, là telles autres. Quand les formes légales ont été observées, il est à présumer que l'acte est la libre expression de la volonté des parties, dès lors il doit valoir partout. Le code consacre l'adage traditionnel dans plusieurs de ses dispositions, art. 47, 170, 999 (n° 80).

29. Outre les formes instrumentaires il y a des formalités que les auteurs appellent *habilitantes;* ce sont celles qui rendent capables de faire certains actes les personnes qui en sont incapables par état. Telle est l'autorisation maritale nécessaire pour qu'une femme puisse contracter ou ester en justice; telles sont encore l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal requises pour que le tuteur puisse vendre les biens de son pupille. L'adage *Locus regit actum* n'est pas applicable à ces formes; elles n'ont rien de commun avec la libre expression de la volonté des parties, et c'est même improprement qu'on les qualifie de formes; ce sont des conditions requises à raison de l'incapacité des parties, donc des garanties qui tiennent à l'état des personnes. De là suit qu'il faut appliquer la loi personnelle de l'incapable (n° 102).

Il y a d'autres formalités qui sont une dépendance du statut réel. Notre loi hypothécaire veut que les actes translatifs de droits réels immobiliers soient transcrits. Si le propriétaire d'immeubles situés en Belgique les vend à l'étranger, dans un pays où la transcription n'est point requise, l'acheteur, Belge ou étranger, doit néanmoins transcrire l'acte de vente, pour devenir proprié-

taire à l'égard des tiers. Cette formalité n'est pas une forme instrumentaire ; elle ne tend pas à garantir la libre expression de la volonté des parties, elle est établie dans un intérêt général ; or les lois d'intérêt public obligent tous ceux qui possèdent des biens dans les pays pour lesquels elles sont faites, les étrangers comme les indigènes (n° 102).

CHAPITRE IV.

DE L'EFFET DES LOIS QUANT AU TEMPS QU'ELLES RÉGISSENT.

Sommaire

30. Le principe de la non-rétroactivité ne s'adresse pas au législateur.
31. Le principe n'est pas applicable quand il s'agit de lois d'intérêt général, telles que les lois politiques, lesquelles rétroagissent toujours.
32. Par la même raison, il ne s'applique pas aux lois qui règlent l'état des personnes.
33. Les lois qui concernent les biens peuvent rétroagir. Le juge peut-il les appliquer au passé, dans tous les cas où le législateur pourrait les faire rétroagir?
34. Quand un droit patrimonial est-il *acquis* à l'égard du législateur? Quand est-il acquis à l'égard du juge?
35. Application du principe aux droits contractuels.
36. Des dispositions transitoires de notre loi hypothécaire.
37. Quand y a-t-il droit acquis en matière de droits d'hérédité?
38. Le principe de la non-rétroactivité ne s'applique pas aux lois interprétatives.

30. « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » (art. 2). Ce principe ne s'adresse pas au législateur, sauf à titre de conseil. Le législateur peut faire une loi rétroactive, alors même qu'il porterait atteinte à des droits acquis. Il y en a un exemple dans la loi du 17 nivôse an II, qui a fait remonter jusqu'au 14 juillet 1789 l'égalité absolue des partages entre héritiers. Les juges ont dû appliquer cette loi, quelque inique qu'elle fût; ils n'ont pas le droit de juger la loi, ils ont le devoir d'y obéir. Lors de la discussion du projet de code civil, on reconnaissait que, pour le législateur, le principe de la non-rétroactivité n'est qu'un conseil ; le Tribunat n'avait pas tort de dire que le conseil était inutile ; en effet, c'est dans des moments de passion que l'on porte la main sur le passé pour le démolir, et quand

la passion parle, les conseils ne sont guère écoutés (nos 141-143).

31. L'article 2 ne s'adresse qu'au juge. Il est conçu en termes généraux et absolus, en faut-il conclure que le juge ne peut jamais appliquer une loi au passé? Non, il n'est pas de l'essence de la loi de ne pouvoir régir le passé, sinon le législateur lui-même ne pourrait faire de lois rétroactives, et si la non-rétroactivité n'est point de l'essence des lois, il s'ensuit que, en principe, rien n'empêche que la loi reçoive son application au passé. Cela est admis par tout le monde. Reste à savoir dans quels cas le juge peut appliquer la loi au passé et dans quels cas il ne le peut pas. On enseigne, généralement, que les lois régissent le passé quand l'intérêt général l'exige, parce qu'il n'y a pas de droit acquis contre l'intérêt public. A notre avis, cela est trop absolu; il faut distinguer et la distinction est capitale. Si les particuliers ne peuvent invoquer, contre l'application d'une loi nouvelle au passé, que leur intérêt lésé par cette rétroactivité, l'intérêt privé doit plier devant l'intérêt général; le juge pourra donc appliquer la loi nouvelle, si telle est l'intention du législateur. Mais quand les particuliers ont un *droit* à opposer à la loi, le juge ne peut pas, au nom de l'intérêt général, détruire ni modifier les droits des citoyens : le maintien du droit est le plus grand de tous les intérêts (nos 151-153).

Nous citerons comme exemples de lois qui régissent des *intérêts,* sans créer de *droits,* les lois politiques. Pour les jurisconsultes, cela n'e fait pas de doute : toutes les lois politiques rétroagissent, la société a toujours le pouvoir de les modifier, et d'appliquer immédiatement ces modifications. Cependant c'est en matière de lois politiques que l'on prodigue le reproche de rétroactivité contre les lois qui blessent l'intérêt des partis. La loi du 19 décembre 1864 a enlevé aux collateurs des anciennes fondations de bourses le droit de les conférer et l'a attribué à des administrations laïques. A entendre les évêques, c'était une violation du droit de propriété. Les rapporteurs de la loi avaient d'avance répondu à ces imputations. C'est une loi politique, et toutes les lois politiques rétroagissent (nos 154, 155 et 159).

32. Il y a aussi des lois civiles qui sont d'intérêt général, et qui, à ce titre, rétroagissent toujours : ce sont celles qui règlent l'état des personnes et la capacité ou l'incapacité qui en résultent.

La loi règle l'état des personnes selon les exigences de la société, et elle a toujours le droit de le modifier. Tel individu peut se trouver lésé par ces modifications; mais le préjudice qu'il éprouve ne lui donne aucun droit; c'est son intérêt qui souffre, or l'intérêt particulier est subordonné à l'intérêt général. La loi du 20 décembre 1792 permettait le mariage, à treize ans pour les filles, à quinze ans pour les garçons; le code Napoléon prescrit un âge plus avancé, quinze ans et dix-huit ans. Ceux qui, lors de la publication du code, étaient âgés de treize ou quinze ans avaient-ils un droit à se marier, ou le code civil a-t-il pu leur enlever la faculté que l'ancienne loi leur accordait? La loi nouvelle a reçu son application au passé, parce que c'est une loi d'état personnel, établie dans un intérêt général. Mais les mariages contractés sous l'empire de la loi de 1792 ont été maintenus, parce que la loi doit toujours maintenir ce qui se fait conformément à ses dispositions (n°s 164 et 173 et *supra*, n° 14.)

33. Il n'en est pas de même des lois que l'on appelle patrimoniales, parce qu'elles concernent les biens. Le législateur y a surtout en vue l'intérêt des particuliers, il leur permet même de déroger à ses dispositions. Il n'y a donc pas, en général, d'intérêt social qui commande au législateur de régir le passé quand il s'agit de droits patrimoniaux. Toutefois, cette règle n'est pas absolue; l'intérêt public se lie aux intérêts privés et parfois les domine : en ce cas, la loi peut et doit rétroagir. Mais ici naît la question de savoir si le juge peut appliquer la loi au passé dans les cas où le législateur aurait pu lui donner un effet rétroactif. On assimile, en général, le pouvoir du juge à celui du législateur, en matière de rétroactivité. Cela n'est admissible que lorsque l'intérêt public oblige évidemment le législateur de rétroagir; le devoir du juge sera, dans ce cas, d'appliquer la loi au passé. Il ne suffit pas qu'il y ait un intérêt général, il faut que cet intérêt commande de faire rétroagir la loi. Si la loi nouvelle, tout en étant d'intérêt public, est de telle nature, que le législateur aurait dû prescrire des mesures transitoires pour ménager la transition entre l'ancien droit et le nouveau, le juge ne pourra pas appliquer la loi au passé, car il ne lui appartient pas de faire la loi; de là suit que le juge ne peut, dans le silence de la loi, la faire ré-

troagir, que dans le cas où la législation nouvelle peut immédiatement remplacer l'ancienne (n° 165).

34. C'est en ce sens qu'il faut appliquer le principe que l'on suit d'ordinaire en cette matière, à savoir que le législateur et le juge doivent respecter les *droits acquis*. On entend par là les droits qui sont entrés dans le domaine d'un particulier et qui ne peuvent plus lui être enlevés par celui de qui il les tient. Il est certain que lorsqu'un droit est dans notre domaine, le législateur et à plus forte raison le juge ne peut nous en dépouiller; car ce droit est devenu notre propriété; or, la constitution belge fait de la propriété un droit constitutionnel, partant, un droit qu'une loi ne pourrait nous enlever sans violer la constitution. Cependant ici déjà il y a une différence entre le pouvoir du législateur et celui du juge. Si une loi violait la propriété, elle serait néanmoins obligatoire pour les citoyens et les tribunaux, tandis que le jugement qui violerait la propriété serait nul. Le juge ne pourrait pas se prévaloir de la volonté tacite du législateur ; car on ne peut et on ne doit pas supposer que le pouvoir législatif ait la volonté de violer la constitution (n°s 192-193).

Quand un droit est-il acquis? Ici il y a une nouvelle différence, et elle est essentielle, entre le pouvoir du législateur et celui du juge. Dès que le législateur respecte le droit de propriété, il peut, à la rigueur, le modifier, en faisant rétroagir la loi nouvelle; mais il ne doit pas faire tout ce qu'il peut dans la limite de ses droits constitutionnels; s'il peut régir le passé, en matière de droits patrimoniaux, il ne doit le faire que si l'intérêt général l'exige; si l'intérêt public ne le demande pas, il ne doit pas faire rétroagir ses dispositions, car il ne doit pas, sans de puissantes considérations, froisser les intérêts des citoyens (n° 196).

Quand un droit est-il acquis à l'égard du juge? On répond d'ordinaire que le juge peut appliquer la loi au passé, dans le cas où le législateur aurait pu la faire rétroagir. C'est mal formuler le principe : le juge n'a pas à examiner ce que le législateur *peut*, mais ce qu'il *veut*, car le législateur ne *veut* pas tout ce qu'il *peut*, et c'est la *volonté* du législateur qui seule est obligatoire pour le juge. Si le législateur n'a pas exprimé sa volonté, le juge doit voir si la loi nouvelle est d'intérêt général; dans ce cas il l'appliquera au passé, parce qu'il doit croire que le législateur a voulu faire

prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt particulier. Mais si la loi nouvelle n'est pas d'intérêt général, le juge ne peut pas l'appliquer au passé en se fondant sur ce que le législateur aurait *pu* la faire rétroagir; il s'agit de savoir ce que le législateur a *voulu*; et puisqu'il n'y a pas d'intérêt général en cause, le juge doit supposer que l'intention du législateur n'a pas été de régir le passé (nº 197).

35. Dans l'application du principe, il faut distinguer entre les droits contractuels et les droits d'hérédité. Les contrats sont irrévocables du moment où ils existent; les *droits contractuels* sont donc essentiellement des *droits acquis*. Si le droit qui en résulte est dans le domaine d'un particulier, la loi nouvelle ne peut pas l'atteindre, quand même elle serait d'intérêt général, car le législateur ne peut pas, au nom de l'intérêt général, violer la propriété; à plus forte raison le juge ne le peut-il pas. Le code Napoléon prohibe les pactes successoires d'une manière absolue, tandis que l'ancien droit les permettait sous certaines conditions; si ces conditions ont été observées, les pactes restent valables, sous l'empire de la loi nouvelle, bien que la prohibition soit fondée sur les bonnes mœurs. L'intérêt général s'arrête devant le droit de propriété, le plus grand intérêt de la société étant que les droits soient respectés (nºs 196 et 204).

Le code civil veut que les futurs époux rédigent leurs conventions matrimoniales avant que leur mariage soit célébré; tandis que, dans l'ancien droit, il y avait des coutumes qui permettaient aux époux de faire leur contrat après la célébration du mariage. Les époux mariés avant la publication du code ont pu valablement faire un contrat de mariage sous l'empire de la loi nouvelle. Dans l'espèce, il n'y a pas de droit acquis, puisque les époux n'avaient pas encore fait de contrat. Le législateur aurait donc pu leur prescrire d'en faire un dans un délai déterminé, afin de mettre l'ancien droit en harmonie avec le nouveau. Mais ce que le législateur aurait pu faire, le juge ne le peut pas; il doit respecter les droits conventionnels des époux, bien que ce ne soient pas des droits de propriété; car il ne peut pas limiter un droit quand le législateur n'a pas trouvé bon de le faire : ce serait faire la loi, et sa mission se borne à l'appliquer (nº 205).

36. Notre loi hypothécaire contient des dispositions transi-

toires qui offrent un exemple remarquable du principe que le législateur peut faire rétroagir la loi, alors que le juge ne le pourrait pas. Sous l'empire du code civil, il y avait une hypothèque judiciaire, portant sur tous les biens du débiteur; la loi belge supprime l'hypothèque judiciaire; pour l'avenir, elle maintient les hypothèques existantes, mais en ordonnant de les spécialiser dans le délai qu'elle détermine. D'après le code Napoléon, les hypothèques légales des incapables n'étaient pas soumises aux principes de spécialité et de publicité; la loi nouvelle ordonne de les spécialiser et de les inscrire. Est-ce violer le principe de non-rétroactivité? Le législateur aurait porté atteinte à un droit de propriété s'il avait supprimé des hypothèques acquises sous la loi ancienne; mais il s'est borné à en régler l'exercice en le subordonnant à des conditions nouvelles. En le faisant il lèse des intérêts, car les créanciers qui ne se sont pas soumis aux prescriptions de la loi nouvelle ont perdu leur garantie hypothécaire; mais il l'a fait en vue d'un intérêt général, sans violer le droit de propriété : c'était son droit. Le juge aurait-il pu, dans le silence de la loi, faire ce que le législateur a fait? La négative est certaine; le juge aurait dû respecter le droit tel qu'il existait en vertu du code civil (nos 118 et 119).

En ce qui concerne les actes translatifs de propriété, la loi belge a maintenu l'effet des actes passés sous l'empire du code civil, c'est-à-dire que les acquéreurs sont propriétaires à l'égard des tiers sans être tenus de rendre leur acquisition publique par la voie de la transcription. Le législateur aurait pu soumettre les anciens contrats à la publicité, sans porter atteinte au droit de propriété; ce qu'il a fait pour les hypothèques, qui sont un démembrement de la propriété, il aurait pu le faire pour la propriété entière. Les auteurs de la loi ont cru qu'il y aurait eu rétroactivité que d'exiger transcription des actes passés sous l'empire du code civil; c'est une erreur (n° 220). Mais il y aurait eu une rétroactivité morale, en ce sens que la loi aurait froissé des intérêts nombreux, ce que le législateur doit toujours éviter.

37. Les droits d'hérédité ne s'ouvrent qu'à la mort de celui à qui l'héritier légitime ou testamentaire est appelé à succéder. Jusque-là c'est une simple espérance que la volonté de l'homme peut anéantir d'un instant à l'autre. A plus forte raison, le législa-

teur le peut-il. Il est en présence, non d'un droit, mais d'une expectative révocable; il peut donc régler la transmission des biens par voie d'hérédité comme il l'entend, en ne consultant que l'intérêt général qui est seul en cause.

Il y a une troisième espèce de succession, que nous appelons institution contractuelle; elle est irrévocable en ce sens que la qualité d'héritier accordée au donataire ne peut pas être révoquée par le donateur; dès lors une loi ne pourrait pas la lui enlever, car c'est un droit acquis (n° 235, *supra,* n° 33).

38. Le principe de la non-rétroactivité suppose qu'une loi ancienne est remplacée par une loi nouvelle. Dans ce cas naît la question de savoir si les faits accomplis sous l'empire de l'ancienne loi sont régis par le droit nouveau. Cela suppose que la loi nouvelle forme un nouveau droit. Or, il y a des lois qui ne sont que la reproduction d'une loi antérieure, ce sont les lois interprétatives; elles régissent donc nécessairement le passé. Nous reviendrons sur ce point.

CHAPITRE V.

DE L'APPLICATION DES LOIS.

Sommaire.

39. Le pouvoir législatif est séparé du pouvoir judiciaire parce que les fonctions de deux pouvoirs sont essentiellement diverses.
40. Première conséquence du principe : le juge doit juger même dans le silence de la loi, sans qu'il puisse référer au pouvoir législatif.
41. Deuxième conséquence : le juge ne peut pas décider par voie de disposition générale.

39. Les articles 4 et 5 du code consacrent deux règles sur l'application des lois; on peut les résumer en ces termes : le législateur ne doit pas être juge, et le juge ne doit pas être législateur. Ces règles dérivent du principe de la séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Pour bien en comprendre les conséquences, il faut étudier le principe d'où elles découlent (n° 250).

Le pouvoir législatif doit être séparé du pouvoir judiciaire, parce que la fonction qui consiste à faire la loi diffère essentiellement de la fonction qui consiste à l'appliquer. Quelle est la mission du législateur? Il est appelé à régler les intérêts généraux de la société; il ne s'occupe jamais d'intérêts purement privés, il les abandonne à la libre activité des individus. Le conflit de ces intérêts fait naître tous les jours des contestations. Qui les décidera? Le juge. Pour les décider, il lui faut des règles : c'est le législateur qui les établit. La fonction du juge diffère de celle du législateur; il n'a pas à se préoccuper des intérêts généraux de la société, il termine le procès qui lui est soumis par les parties en cause. En prononçant son jugement, il ne pèse pas les intérêts, il n'examine pas si l'un des plaideurs a en sa faveur l'intérêt social; il applique une loi invariable, la même pour tous.

Le législateur, ayant la direction des intérêts généraux, doit avoir le pouvoir d'initiative; c'est à lui de voir si l'intérêt de la société exige qu'il intervienne; il n'attend pas que des parties intéressées réclament son intervention, car ce n'est pas au profit de tels individus qu'il agit, c'est au profit de tous. Le juge, au contraire, n'a pas d'initiative; pour juger un procès, il faut qu'il en soit saisi.

La loi oblige tous les citoyens, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale; quand la puissance souveraine parle, tous doivent obéir, même le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Ce lien qui enchaîne tout le monde est en même temps une garantie pour tous; ce n'est ni pour un individu ni contre lui qu'une loi est portée; elle profite à tous comme elle oblige tout le monde; si elle est absolue, elle est aussi impartiale. Le juge procède tout autrement; il est en présence d'intérêts qui sont en collision; il donne raison à l'un, tort à l'autre, mais sa décision ne dépasse pas la cause qui lui est soumise, ni les parties plaidantes : elle ne profite pas aux tiers et elle ne leur nuit pas.

Enfin, le législateur, agissant dans l'intérêt général, peut et doit changer les lois dès que l'intérêt de la société l'exige. Le juge ne peut pas revenir sur sa décision. Il y a des recours contre son jugement, dans les cas prévus par la loi; quand ils sont épuisés, la décision définitive est réputée l'expression de la vérité, et, comme telle, irrévocable. Si le juge pouvait revenir sur

sa sentence, il n'y aurait plus de paix entre les hommes, puisque leurs contestations n'auraient point de fin (n°s 251, 252).

40. L'article 4 consacre une première conséquence de ces principes : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Quand il y a une loi, quelque obscure qu'elle soit, le juge doit juger; sa mission consiste précisément à interpréter la loi; refuser de juger parce que la loi n'est pas claire et précise, ce serait réellement dénier la justice. Les différends qui divisent les hommes doivent recevoir une solution, sinon il n'y aurait plus de société, puisque les parties devraient se faire justice elles-mêmes, ce qui serait l'anarchie, c'est-à-dire la dissolution de la société. Il en est de même, en cas de silence ou d'insuffisance de la loi. L'article 4 dit : sous le *prétexte*. Ce peut être plus qu'un prétexte; il se peut qu'il n'y ait réellement aucune loi sur la contestation que le juge est appelé à décider : nous en verrons un exemple en traitant de la concession de travaux publics. Tous les jours, le juge est appelé à décider des difficultés sur lesquelles la loi est insuffisante. Le juge doit néanmoins juger; car il faut que les procès soient vidés. Ici se présente la question de savoir qui comblera la lacune, le juge ou le législateur.

Sous l'ancien régime, les juges renvoyaient les parties « à se pourvoir par-devant le roi ». C'est ce qu'on appelle « un référé au législateur ». Le juge, avant de prononcer sur une question qui lui paraît insoluble, à cause de l'insuffisance de la loi, ordonne qu'il en soit référé au pouvoir législatif. La loi du 24 août 1792 (titre II, art. 12) semblait ordonner ces référés; les auteurs du code les ont proscrits. Il résultait de l'usage des référés que le corps législatif était transformé en tribunal; la loi était en même temps un jugement, puisqu'elle décidait la contestation à l'occasion de laquelle elle était intervenue. Quant le législateur devient juge, il y a confusion des pouvoirs que les constitutions modernes ont entendu séparer. Portalis explique très-bien, dans l'Exposé des motifs, les abus de cette manière de procéder. Des lois intervenues sur des affaires privées sont suspectes de partialité et toujours elles sont rétroactives et injustes; en effet, elles décident la contestation, non d'après des règles que les parties

connaissaient, mais d'après une règle faite pour le procès, règle que les parties ignoraient. Ces lois étaient mauvaises, car pour les faire, le législateur ne se plaçait plus au point de vue de l'intérêt général, il prenait en considération les faits et les personnes. Ainsi la confusion des pouvoirs aboutissait à de mauvaises lois et à de mauvais jugements (nos 253-255).

L'article 4 ne résout qu'imparfaitement la difficulté. Si le législateur ne devient pas juge, par contre le juge devient législateur. Dans le silence de la loi, disait le Livre préliminaire du code civil, le juge est un ministre d'équité. Portalis ajoute que l'équité est le retour à la loi naturelle. Où le juge puisera-t-il les règles de la loi naturelle, qui ne sont écrites nulle part? C'est bien le juge qui formule la règle et qui l'applique ensuite à la cause, donc il devient législateur. Cela est inévitable dès que l'on ne veut pas que le juge réfère au pouvoir législatif (nos 256, 257). Il ne reste qu'une chose à faire au législateur, c'est d'user de son droit d'initiative pour combler les lacunes que la science ou les jugements lui signalent. A chaque pouvoir sa mission. Si le législateur porte de mauvais jugements, par contre le juge fait de mauvaises lois; il les fait au point de vue des intérêts privés que les parties débattent devant lui, tandis que la loi doit se faire dans l'intérêt général. Il est vrai que les décisions des tribunaux, qui créent une règle de droit, n'ont de force obligatoire que contre les parties qui sont en cause, mais c'est un nouveau mal, l'incertitude du droit.

41. L'article 5 consacre une seconde conséquence du principe de la division des pouvoirs, en défendant au juge de décider par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises. Quand le juge décide un procès, sa décision ne lie que les parties qui sont en cause. Cela est si élémentaire et si évident, que l'on ne comprend pas que le législateur ait pris la peine de le dire. Pour connaître l'objet de l'article 5, il faut remonter à l'ancien droit. Les parlements faisaient des *arrêts de règlement*, c'est-à-dire que, tout en décidant une contestation qui leur était soumise, ils ordonnaient aux tribunaux placés dans leur ressort de suivre cette décision dans les affaires qui seraient portées devant eux. Ainsi les arrêts de règlement étaient des lois locales ayant force obligatoire dans le ressort du parlement qui

les rendait. C'étaient en même temps des jugements : le juge se faisait donc législateur. Cette confusion de pouvoirs se comprenait dans l'ancien régime, sous lequel tous les pouvoirs étaient confondus, tandis que le véritable souverain, la nation, était sans droit. Les parlements s'arrogèrent encore le droit de refuser l'enregistrement des lois qui leur paraissaient contraires à l'intérêt général. C'était une usurpation; les arrêts de règlement en étaient une autre. Ces abus tombèrent avec le vieux régime. La loi du 24 août 1790 (t. II, art. 12) défendit aux tribunaux de juger par voie de disposition générale. A vrai dire, sous le nouveau régime, les tribunaux ne songent plus à usurper un pouvoir qui ne leur appartient pas (nos 258, 259).

CHAPITRE VI.

DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS.

Sommaire.

42. Qu'est-ce que l'interprétation? Comment se fait-elle?

42. Le code Napoléon ne pose aucune règle sur l'interprétation des lois. Il y avait, dans le projet de code, un livre préliminaire qui contenait un titre sur cette matière. Nous lui emprunterons les règles qui sont d'une importance capitale pour l'interprétation du code civil (n° 268).

Interpréter une loi, dit l'article 2, c'est en saisir le sens dans son application à un « cas particulier ». L'article ajoute qu'il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. Il faut dire plus : cela est toujours nécessaire. Le législateur ne procède pas par voie de décisions particulières, ce qui est impossible; il pose des principes généraux, que le juge doit ensuite appliquer aux contestations qui sont portées devant lui. C'est cette application d'un principe à un cas donné qui constitue l'œuvre de l'interprétation. Il en résulte qu'il sera toujours nécessaire d'interpréter

les lois. Les principes sont, par la force des choses, des abstractions; quand il s'agit de donner vie à ce qui est abstrait, les difficultés naissent en foule : c'est à l'interprétation de les résoudre (nos 269 et 270).

Il y a deux sortes d'interprétations, celle par voie de doctrine et celle par voie d'autorité. La première se fait par les jurisconsultes, n'importe sous quelle forme, l'enseignement, les écrits, les arrêts : elle n'a qu'une autorité de raison. La seconde se fait par le législateur, qui résout les doutes par voie de disposition générale et de commandement : c'est une loi, elle a donc l'autorité de la loi.

§ I. *De l'interprétation doctrinale.*

No I. DE L'INTERPRÉTATION GRAMMATICALE ET LOGIQUE.

Sommaire.

43. L'interprétation est grammaticale et logique. Sens de cette division.
44. Interprétation grammaticale. Quelle est l'autorité de la lettre quand la loi est claire? Règle fondamentale d'interprétation.
45. Quelle est l'autorité des travaux préparatoires du code civil?

43. On divise l'interprétation doctrinale en interprétation grammaticale et logique : la première a pour objet de fixer le sens littéral de la loi, la seconde fait connaître l'esprit de la loi. Il ne faut pas entendre cette division dans un sens matériel, comme si, pour expliquer telle loi, on avait recours à l'interprétation grammaticale, sans consulter l'esprit de la loi, tandis que, pour expliquer telle autre loi, on aurait recours à l'interprétation logique sans tenir compte du texte. L'œuvre de l'interprète est une : elle consiste à reconstruire la pensée du législateur en précisant ce qu'il a voulu dire. Le législateur a exprimé sa volonté dans un texte; c'est le texte qui nous révèle l'intention du législateur, puisqu'il en est l'expression. Mais le texte seul ne suffit point ; c'est une formule abstraite qu'il faut vivifier. D'abord par l'étude de l'histoire. Le droit est traditionnel de sa nature; la loi procède du passé, alors même qu'elle innove. Puis on doit consulter les travaux préparatoires qui ont donné à la loi sa forme actuelle. C'est l'ensemble de ces procédés qui constitue l'interpré-

tation de la loi; elle est donc tout ensemble grammaticale et logique (n° 272).

44. L'interprétation grammaticale se fait facilement. Les mots dont le législateur se sert peuvent avoir un double sens, le sens vulgaire et le sens technique. Le premier se détermine par l'usage; on recourt, au besoin, au Dictionnaire de l'Académie. Quant au sens technique, les définitions de la loi ou la tradition le font connaître.

Ce qu'il importe de déterminer, c'est l'autorité que l'on doit attacher à l'interprétation grammaticale. On suppose que le sens d'une loi est clair, il ne reste aucun doute sur la signification littérale du texte. Faut-il, dans ce cas, s'en tenir au texte, ou peut-on s'en écarter, en se fondant sur l'esprit de la loi? Les personnes étrangères au droit et bien des légistes n'hésitent pas à répondre : L'esprit doit l'emporter sur la lettre; on traite d'interprétation judaïque celle qui met la lettre au-dessus de l'esprit. Il y a ici une confusion complète d'idées. Écoutons d'abord la réponse que font à notre question les auteurs du code dans le Titre préliminaire : « Quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre, sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. » C'est dire que lorsque la loi est claire, on doit s'en tenir à la lettre, et que chercher l'esprit de la loi ailleurs que dans le texte, c'est aboutir à éluder la loi, pour mettre à la place de la volonté du législateur la pensée de l'interprète. En effet, qu'est-ce que la lettre de la loi? C'est l'expression de ce que veut le législateur, donc de l'esprit de la loi. Quand la lettre est claire, que le sens littéral de la loi n'est pas douteux, nous avons l'expression authentique de la pensée du législateur dans le texte. Dès lors, il n'est plus permis de la chercher ailleurs, pour y trouver une volonté contraire à celle que le législateur lui-même a exprimée. Ce serait se servir de l'interprétation pour faire dire à la loi autre chose que ce qu'elle a voulu dire : cela s'appelle bien *éluder la loi sous le prétexte d'en pénétrer l'esprit*.

Les auteurs du code disent très-bien que la recherche de l'esprit de la loi est un *prétexte*, quand la loi est claire. En effet, l'esprit de la loi est certain, puisque le sens littéral de la loi n'est point douteux. Pourquoi donc les interprètes vont-ils chercher l'esprit de la loi ailleurs? Ce ne peut être que pour faire dire à la

loi autre chose que ce que dit le texte, et comme le texte est l'expression de la pensée du législateur, l'interprétation aboutira à mettre la pensée de l'interprète au-dessus de la pensée du législateur. Ici est le vrai point de la difficulté. Les interprètes qui opposent l'esprit au texte prétendent que la lettre de la loi n'exprime pas la pensée du législateur. Nous répondons d'abord que cette supposition est inadmissible, sauf dans de très-rares exceptions. En effet, la règle que nous empruntons aux auteurs du code dit que l'on ne peut pas s'écarter de la lettre *claire* de la loi, sous le prétexte d'en pénétrer l'esprit. Pour que notre règle soit applicable, il faut donc qu'il n'y ait aucun doute sur le sens de la loi. Dès qu'il y a doute, l'interprète a le droit et le devoir de rechercher ce que le législateur a voulu, et, dans ce cas, il va sans dire que l'esprit de la loi, sa vraie pensée, l'emportera sur une rédaction imparfaite. Mais quand la loi est claire, peut-on admettre qu'elle n'exprime pas la volonté du législateur? Il aurait donc dit autre chose que ce qu'il a voulu dire! C'est lui imputer une légèreté incroyable, qui ne se conçoit pas dans une œuvre aussi sérieuse que celle de la rédaction des lois. Nous disons : la loi étant claire, ce que le législateur a voulu est aussi clair; et nous demandons aux interprètes où ils iront chercher une expression plus certaine de la volonté du législateur, que celle qu'il a donnée lui-même à sa pensée? Est-ce dans la tradition? est-ce dans les travaux préparatoires? Quand on est forcé de consulter la tradition, on s'aperçoit combien elle est vague et incertaine, il est parfois impossible de préciser quelle était, sur un point controversé, la doctrine de l'ancien droit; les avis des auteurs diffèrent, et la jurisprudence est divisée : comment savoir quelle est l'opinion que le législateur a suivie? Si l'on consulte les discussions, les discours et les rapports, l'incertitude est tout aussi grande : on trouve à peu près tout ce que l'on veut dans les travaux préparatoires du code civil; ce qui le prouve, c'est que les opinions les plus contradictoires y cherchent un appui. Voici donc à quoi l'on aboutira en se prévalant de l'esprit de la loi contre un texte clair : on a dans la loi l'expression authentique de la pensée du législateur, et on lui préfère une volonté essentiellement incertaine. L'esprit de la loi est un prétexte; la vérité est que l'interprète veut mettre sa pensée à la place de celle du législa-

teur : sous couleur d'interpréter la loi, il la fait. Nous ne lui reconnaissons pas ce droit-là (nº 273).

45. L'interprétation logique est celle qui fait connaître l'esprit de la loi. Toute interprétation est logique. Quelque clair que soit le texte, il faut l'animer, le vivifier en recourant à l'histoire et aux travaux préparatoires; à plus forte raison quand la loi est obscure. Le droit est une science traditionnelle; notre code presque tout entier est puisé dans les coutumes et dans le droit romain, il faut l'interpréter par les sources où il a été puisé. Mais cette interprétation a son écueil. Les jurisconsultes nourris de la tradition romaine sont disposés à transporter dans le code la doctrine des jurisconsultes romains, telle qu'on la trouve dans les compilations de Justinien, expliquées par les travaux de la science moderne. C'est une erreur. Les auteurs du code n'ont connu le droit romain que par les ouvrages de Pothier et de Domat, c'est là qu'il faut chercher la tradition, en n'oubliant pas que le code a innové souvent, et que Pothier et Domat, qui écrivaient dans les pays de coutume, jouissaient d'une indépendance que n'ont plus les interprètes modernes liés par un code : ils faisaient le droit : nous devons nous borner à l'interpréter (nos 274 et 29).

Les travaux préparatoires présentent un autre écueil. Ils se composent de la discussion du conseil d'Etat, des rapports et observations du Tribunat, et des discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat. La discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat ne saurait être comparée à celle qui se fait dans nos chambres législatives. La chambre des représentants et le sénat discutent les projets et les votent, comme corps législatif; tandis que, sous la constitution de l'an VIII, le conseil d'Etat préparait les projets de loi, et le corps législatif les votait sans discussion aucune, après avoir entendu les discours prononcés devant lui. Quelle était la pensée du législateur? On l'ignore, puisqu'il était muet. Il faut ajouter que la discussion, telle qu'elle est rapportée dans les procès-verbaux est obscure, embrouillée, et que la pensée du conseil reste souvent tellement incertaine, que les opinions les plus opposées y trouvent un appui. Alors même que la pensée du conseil est claire, cette pensée n'est pas la loi; il faut donc se garder de transporter dans le code tout ce qui a été dit et même décidé au sein du conseil. Quant aux discours des

orateurs du gouvernement et du Tribunat, c'est une œuvre individuelle, qui n'a d'autre valeur que la science de l'orateur : la plupart sont médiocres. Les rapports faits au Tribunat sont plus remarquables; d'abord ils émanent d'une commission, et le talent des tribuns ne saurait être contesté : il suffit de citer les noms de Chabot, de Jaubert, de Grenier. Il faut donc toujours consulter les travaux préparatoires, mais en se gardant d'y voir une interprétation authentique du code (n° 275).

N° II. RÈGLES D'INTERPRÉTATION.

Sommaire.

46. On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider.
47. Les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doivent pas être suppléées.
48. Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas.
49. De l'argumentation *a contrario*.

46. Nous empruntons au Livre préliminaire (*supra*, n° 42) quelques règles d'interprétation que la tradition a consacrées. La première concerne l'application analogique des lois. « On ne doit raisonner d'un cas à un autre que lorsqu'il y a même motif de décider. » Les lois ne peuvent pas prévoir tous les cas qui se présenteront, c'est à l'interprète de voir s'il y a une disposition sur un cas analogue; quand réellement les motifs de décider sont les mêmes, la décision aussi doit être la même.

47. Peut-on appliquer par analogie les dispositions de la loi qui consacrent des exceptions? Le Livre préliminaire contient à cet égard la règle suivante : « Les exceptions qui ne sont pas dans la loi ne doivent point être suppléées. » Donc l'interprète ne peut pas créer des exceptions, et il ne peut étendre les exceptions par analogie. Cela résulte de la nature même de l'exception, mise en rapport avec le principe auquel elle déroge. Quand le législateur pose un principe, sa volonté est qu'il reçoive son application à tous les cas qui peuvent se présenter; donc on ne peut créer d'exception, ce serait déroger à la loi, c'est-à-dire la faire. Quand la loi établit une exception à un principe, l'interprète reste lié par la règle, hors le cas pour lequel la loi y fait exception. C'est en ce sens que l'adage traditionnel dit que l'exception confirme la règle dans les cas non exceptés. Il suit de là que l'interprète ne peut pas étendre les exceptions par analogie, car il s'écarterait du principe qu'il

est obligé d'appliquer par cela seul qu'il ne se trouve pas dans l'exception. L'exception est donc, de sa nature, de droit étroit, Il faut cependant entendre cette règle avec une réserve. Il y a des exceptions qui sont l'application d'un principe, dans ce cas l'exception prend la nature d'une règle ou d'un principe, et par suite l'interprète a le droit et l'obligation de l'appliquer par analogie (n° 277).

48. Il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas. Cette règle, comme la précédente, a pour objet d'empêcher l'interprète d'empiéter sur le domaine du législateur. Quand la loi est générale, le devoir de l'interprète est de l'appliquer à tous les cas possibles, parce que telle est la volonté du législateur. Dès lors il ne peut distinguer quand la loi ne distingue point, car la distinction limiterait l'application de la loi à certains cas, alors que la généralité de la loi les comprend tous. En distinguant, l'interprète modifie donc la loi, il fait œuvre de législateur, ce qui ne lui est jamais permis.

Cette règle doit aussi être entendue avec une réserve. Il y a des cas où la distinction est impliquée dans le principe même, en ce sens qu'il résulte de la raison du principe qu'il ne peut recevoir son application qu'à certains cas. La règle n'est alors générale qu'en apparence, en réalité elle est spéciale.

49. Peut-on tirer argument du silence de la loi? Non, quand l'argumentation conduirait à une conséquence contraire aux principes; oui, quand la conséquence est en harmonie avec les principes. Par lui-même, le silence du législateur ne prouve rien; il faut voir quel est le motif de son silence. On peut seulement supposer qu'il veut le contraire, dans un cas, de ce qu'il a dit dans un autre. C'est ce que dans le langage de l'école on appelle argumentation *a contrario* (*sensu*). Rien de plus dangereux, car on risque de faire dire au législateur ce qu'il n'a point voulu dire; c'est-à-dire que l'interprète fera une loi que le législateur n'aurait point faite. Ce danger disparaît quand l'argumentation, loin de contrarier les principes généraux, les appuie, car le législateur est toujours censé vouloir rester fidèle aux principes qu'il a posés (n° 279).

N° 3. DE L'AUTORITÉ DE L'INTERPRÉTATION DOCTRINALE.

Sommaire.

50. L'interprétation doctrinale n'a qu'une autorité de raison.
51. De l'autorité excessive que l'on attache à la jurisprudence.

50. L'interprétation doctrinale n'a qu'une autorité de raison; elle ne lie pas l'interprète, elle le guide et l'éclaire. Le droit est une science rationnelle. Nous plions sous la raison, nous ne plions devant aucune autorité. Le devoir du jurisconsulte est, au contraire, de soumettre à l'examen de la raison toute espèce d'autorité, celle des grands noms qui illustrent notre science, comme celle des corps judiciaires les plus haut placés. Les plus célèbres jurisconsultes ont changé d'avis ou sont en désaccord entre eux; la cour de cassation a démoli plus d'une fois, chambres réunies, la doctrine consacrée par la jurisprudence de la chambre civile; donc les auteurs et les cours se trompent (n° 280).

51. Il serait inutile de le dire si la pratique n'avait un respect outré pour la jurisprudence de la cour de cassation. Les avocats n'osent pas entamer un procès quand ils ont contre eux un arrêt de la cour suprême; et les tribunaux n'osent pas se mettre en opposition avec la cour, qui a le pouvoir de casser leurs décisions. Tel n'était pas l'avis de nos anciens auteurs, de ceux-là mêmes qui étaient magistrats. Bouhier, président du parlement de Bourgogne, se plaint de la déférence aveugle que l'on a pour la jurisprudence : il est plus convenable, dit-il, de ramener la jurisprudence des arrêts aux principes, que de réduire les principes à la jurisprudence des arrêts. Ailleurs il dit qu'il n'y a que les esprits plébéiens qui se laissent entraîner par les exemples, au lieu d'écouter la raison. Le plus profond de nos anciens jurisconsultes, d'Argentré, déclare que les arrêts n'ont aucune valeur, à moins qu'ils ne soient fondés en droit et en raison (n° 281). Je renvoie à ce que j'ai dit de la jurisprudence dans ma Préface.

§ II. *De l'interprétation authentique.*

Sommaire.

52. On appelle interprétation authentique celle qui se fait par le législateur; celui qui fait la loi est le mieux à même d'en connaître l'esprit, et d'en fixer le sens. L'interprétation donnée par le législateur a force de loi. Elle a ceci de particulier qu'elle s'applique aux procès non définitivement jugés, sans qu'on puisse dire qu'elle rétroagisse en ce sens qu'elle enlève un droit acquis. La raison en est que la loi interprétative n'est pas une loi nouvelle, elle se confond avec la loi interprétée, c'est toujours l'ancienne loi qui subsiste et que les juges appliquent dans le sens que le législateur lui a reconnu (n°s 282 et 286).

53. Tel était le système de la loi du 4 août 1832 (art. 23). Il a été profondément modifié par la loi du 7 juillet 1865, d'après laquelle l'interprétation législative devient à peu près inutile. Lorsque, après un arrêt de cassation, le deuxième arrêt prononcé par la cour de renvoi est attaqué par les mêmes moyens, la cause est portée devant les chambres réunies de la cour de cassation. Si le nouvel arrêt est conforme au premier arrêt de cassation, aucun nouveau pourvoi n'est admis; l'affaire est terminée. Si le deuxième arrêt est annulé par les mêmes motifs qui ont fait annuler le premier, la cour à laquelle l'affaire est renvoyée est tenue de se conformer à l'arrêt de la cour de cassation sur le point de droit décidé par la cour suprême. Le conflit se vide donc judiciairement; l'interprétation législative n'est plus obligatoire, elle est facultative. L'ancien système avait des inconvénients. D'abord les trois branches du pouvoir législatif pouvaient ne pas s'entendre sur le sens de la loi qu'il s'agissait d'interpréter; dans ce cas, le conflit devenait insoluble, et il y avait déni de justice. Puis l'interprétation par le pouvoir législatif risquait d'être une loi nouvelle, au lieu d'être une loi interprétative; dans ce cas, la loi rétroagissait, sous couleur d'interprétation, ce qui était injuste (n° 285).

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

Sommaire.

54 Qu'entend-on par personnes? Y a-t-il des personnes civiles? En quel sens les personnes dites civiles ont-elles des droits?

54. Les personnes sont des êtres capables de droit. Tous les hommes sont des personnes depuis que l'esclavage n'existe plus.

On divise les personnes en *physiques* et *morales* ou *civiles*. Le code Napoléon ne connaît pas l'expression de *personnes civiles*. On entend par là l'État, les provinces, les communes, les établissements d'utilité publique, tels que les hospices, les bureaux de bienfaisance, les fabriques d'église, les séminaires. Il y a des congrégations religieuses, vouées à la charité (nos 292-296), qui peuvent recevoir ce qu'on appelle la personnification civile, et notre code de commerce dispose que les sociétés commerciales en nom collectif, en commandite simple, les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés coopératives constituent une *individualité juridique* distincte de celle des associés, c'est-à-dire une personne dite civile (loi du 18 mai 1873, art. 2).

L'expression *personne civile* est inexacte et elle induit en erreur. Les personnes que l'on appelle civiles ne sont pas des personnes et elles ne jouissent pas des droits qui appartiennent aux personnes. Pour des raisons de nécessité ou d'utilité, la loi reconnaît à certains corps politiques ou à certaines associations l'exercice des droits qui leur sont nécessaires pour qu'ils puissent remplir la mission qui leur est reconnue par la loi. Nous laissons de côté les sociétés de commerce. Quant aux corps politiques ou établissements d'utilité publique, on ne peut pas dire qu'ils aient le plein exercice du droit de propriété avec toutes les conséquences qui en résultent; la propriété pour eux est plutôt une charge qui leur impose des obligations (n° 287).

Ce qui caractérise les personnes dites civiles, c'est qu'elles sont des fictions créées par la loi, et que le législateur a seul le droit de créer. Il n'y a pas de fiction sans loi ; à plus forte raison, pas d'être fictif, la plus impossible des fictions (n° 288). C'est un principe traditionnel, universellement reconnu (n°s 289 et 290). La fiction sur laquelle reposent les personnes civiles consiste en ce que le législateur donne des droits à certains corps ou établissements, dans un intérêt social. Ces droits se confondent avec la charge qui leur est imposée, et en dehors de laquelle ils n'existent pas. Donc les personnes dites civiles ne peuvent réclamer d'autres droits que ceux que la loi leur accorde (n° 300). Les hommes seuls ont des droits.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

Sommaire.

55. On entend par *droits* des facultés accordées ou réglées par la loi. L'homme a besoin de certaines facultés pour remplir sa mission dans ce monde. Il est en relation avec ses semblables et avec les objets du monde physique. Les rapports qu'il a avec ses semblables lui donnent des droits : telle est la faculté de se marier, base de la société et de l'ordre moral. Il en est de même des rapports qu'il a avec les objets du monde physique : de là naissent le droit de propriété et ses démembrements, la faculté de les acquérir et de les transmettre, la faculté de contracter, avec ses variétés infinies. Ces droits sont appelés *privés*, par opposition aux droits *politiques*, qui concernent l'exercice de la la puissance souveraine. Le code civil ne s'occupe pas des droits politiques, il ne traite que des droits privés (n° 317).

56. Notre titre a pour objet la jouissance des *droits civils*. On entend par là les droits qui sont accordés par la loi et qui n'existeraient pas sans elle, par opposition aux droits *naturels* qui appartiennent à l'homme, sans que le législateur les consacre. C'est en ce sens que l'article 8 dit : « Tout Français jouira des *droits civils* », tandis que l'étranger n'en jouit pas, en principe (art. 11). De là la division des personnes en Français et étrangers (n° 318).

Il ne faut pas confondre la *jouissance* des droits civils avec l'*exercice* de ces droits. La jouissance est la faculté accordée par la loi ; l'exercice est l'usage de cette faculté. Les droits appartiennent à toute personne, même à l'enfant conçu ; mais pour l'exercice des droits, il faut une capacité de fait. Les incapables, mineurs, interdits, femmes mariées ont la jouissance des droits, ils n'en ont pas l'exercice (n° 319).

CHAPITRE PREMIER.

DES FRANÇAIS.

---

§ Ier. *Qui est Français.*

Sommaire.

57. Sont Français ceux qui naissent d'un père français. *Quid* de l'enfant naturel non reconnu?
58. L'enfant né en France d'un étranger peut réclamer la qualité de Français dans l'année de sa majorité.
59. L'enfant né d'un père qui a perdu la qualité de Français peut toujours la recouvrer.
60. L'étrangère qui épouse un Français devient Française.
61. Les étrangers acquièrent la qualité de Français par la naturalisation.

57. Sont Français, ceux qui naissent d'un père français, peu importe qu'ils naissent en France ou à l'étranger (art. 10, 1er alinéa). Le principe est donc que la nationalité de l'enfant dépend de la nationalité du père. Dans l'ancien droit, elle dépendait du lieu de naissance; la naissance sur un territoire imprimait la

qualité d'indigène à l'enfant. C'était le principe féodal : l'homme et la terre étaient une seule et même chose, et l'un se confondait dans la nature de l'autre. Le Tribunat proposa de remplacer le principe du territoire par le principe de nationalité. Pour mieux dire, la naissance fortuite sur un territoire n'est pas un principe, c'est un fait, et comment un fait qui dépend du hasard attribuerait-il la nationalité? Celle-ci est une question de race, donc d'origine (n° 321).

Le principe suppose que le père est connu et certain, c'est-à-dire que l'enfant est légitime ou que l'enfant naturel est reconnu. Si l'enfant naturel n'est pas reconnu, il n'a pas de famille; légalement parlant il n'a pas d'origine, donc il n'a pas de nationalité, puisque la nationalité se détermine par l'origine. Il n'a point de patrie (n° 328).

58. L'enfant né en France d'un étranger est étranger; en vertu du principe de nationalité, il appartient à la nation de son père. Mais le code (art. 9) lui permet de réclamer la qualité de Français, dans l'année de sa majorité. C'est un droit qu'il exerce, ce n'est pas une faveur qu'il sollicite. La loi se montre favorable à cet enfant, parce qu'elle suppose que, né en France, il y a été élevé, et qu'il est attaché à sa patrie de fait par le lien puissant qui nous enchaîne au sol natal (n° 332). Il faut qu'il fasse sa déclaration dans l'année de sa majorité, telle qu'elle est déterminée par la loi de son pays, car il reste étranger jusqu'à ce qu'il ait acquis la nationalité française (n° 336). S'il réside en France, il doit déclarer que son intention est d'y fixer son domicile; s'il réside à l'étranger, il doit faire sa soumission de fixer son domicile en France, et l'y établir dans l'année à compter de sa majorité (n° 337).

Si l'étranger ne fait pas sa déclaration dans le délai de l'article 9, il reste étranger; il ne pourra plus acquérir la qualité de Français que par la naturalisation. Par dérogation au code civil, la loi belge du 27 septembre 1835 (art. 2) permet aux étrangers nés en Belgique, de parents y domiciliés, de demander la grande naturalisation, sans qu'ils aient besoin de prouver qu'ils ont rendu des services éminents à l'État; la raison de cette faveur est que les étrangers ignorent généralement qu'ils doivent faire une déclaration pour acquérir la qualité de Belge (n° 338). Le

législateur est venu à leur secours; mais ils ne peuvent plus *réclamer* la qualité de Belge, ils doivent la demander, et le législateur peut la leur refuser.

59. L'enfant né d'un Français qui a perdu la qualité de Français peut toujours la recouvrer (art. 10). On suppose que ces enfants sont nés après que leur père a perdu sa nationalité; ils naissent donc étrangers. Mais ils appartiennent à une famille française; la loi favorise chez eux l'esprit de retour. D'Aguesseau dit que la patrie, comme une bonne mère, tend toujours les bras à ses enfants et les invite à rentrer dans leur devoir. C'est pour cela que la loi dispose que l'enfant *recouvre* la qualité de Français : en réalité, il l'*acquiert,* puisqu'il ne l'a jamais perdue; mais la nationalité française était dans son sang, c'est son père qui la lui a fait perdre, en ce sens l'enfant la recouvre (n°s 340, 341). Le sang français qui coule dans ses veines lui a encore fait accorder une autre faveur; il peut *toujours* réclamer la qualité de Français, par opposition à l'enfant né d'un étranger en Belgique qui doit faire sa déclaration dans l'année de sa majorité (n° 342).

60. L'étrangère qui épouse un Français suit la condition de son mari (art. 12). C'est une conséquence du mariage, dit l'orateur du gouvernement, qui de deux êtres n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'homme sur la femme. La femme étrangère change donc de nationalité, par suite du mariage et en vertu de la loi. Elle ne doit faire aucune déclaration de volonté, pour mieux dire, elle ne peut pas avoir d'autre volonté que celle que la loi lui suppose (n° 348).

61. Les étrangers peuvent acquérir la qualité de Français par la naturalisation. Cette matière est régie par des lois politiques. En Belgique, la loi du 22 septembre 1835 distingue la grande naturalisation, qui seule assimile l'étranger au Belge, et la naturalisation, ordinaire qui ne donne que certains droits politiques. L'une et l'autre sont accordées par le pouvoir législatif. Pour obtenir la grande naturalisation, l'étranger doit avoir rendu des services éminents à l'État. La naturalisation ordinaire ne peut être accordée qu'à ceux qui sont majeurs et qui ont résidé pendant cinq années en Belgique (n°s 350-353).

§ II. *De la perte de la qualité de Français.*

Sommaire.

62. La qualité de Français se perd : 1° par la naturalisation acquise en pays étranger;
63. 2° Par l'acceptation de fonctions civiles ou militaires chez l'étranger, sans autorisation de l'empereur. Ces dispositions sont abrogées en Belgique;
64. 3° Par un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour;
65. 4° Par le mariage.
66. Le Français qui perd sa nationalité perd la jouissance des droits civils.

62. La qualité de Français se perd : 1° par la naturalisation acquise en pays étranger (art. 17). L'homme a le droit de changer de patrie, c'est une conséquence de la liberté individuelle (n° 375), et celui qui acquiert une patrie nouvelle perd nécessairement celle qu'il avait. En effet, personne ne peut avoir deux patries; par suite de la division du genre humain en nations, il y a des conflits nécessaires entre les peuples; dès lors on ne conçoit pas que l'on soit citoyen de deux États. Car la patrie impose des devoirs, souvent exclusifs, et on ne peut pas remplir des devoirs qui se contredisent (n° 322).

63. 2° D'après l'article 17, le Français perd la qualité de Français par l'acceptation non autorisée par l'empereur de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; et l'article 21 ajoute que celui qui, sans autorisation, prend du service militaire chez l'étranger perd sa qualité de Français. Rien de plus juste que ces dispositions. Le premier devoir du citoyen est de consacrer sa vie et ses talents à sa patrie. S'il la quitte pour remplir des fonctions civiles ou militaires chez l'étranger, il se met dans l'impossibilité de servir sa patrie, et il peut se trouver dans la nécessité de servir contre elle : c'est une naturalisation tacite (n° 379).

Les articles 17 et 21 ont été abrogés en Belgique, à raison de difficultés passagères qui s'élevèrent quand des Belges s'enrôlèrent dans l'armée du pape pour combattre contre l'Italie. Le roi pouvait-il les y autoriser? Non. Prenant du service sans autorisation, ils perdaient leur qualité de Belge. Soit. Était-ce une raison pour abroger les principes du code civil? L'homme doit subir les conséquences de ses passions et de ses folies (nos 379 et 380).

64. 3° Par tout établissement fait en pays étranger sans esprit de retour (art. 17, 3°). Celui qui quitte sa patrie avec l'intention de n'y plus revenir viole le devoir qu'impose la qualité de citoyen; se mettant dans l'impossibilité de remplir les obligations attachées à la nationalité, il ne peut plus en réclamer le bénéfice (n° 382).

Quand y a-t-il établissement sans esprit de retour? C'est une question d'intention, donc de fait. La preuve incombe à celui qui prétend qu'un Français a perdu sa nationalité. Tous les auteurs remarquent que cette preuve est difficilement admise; il a même été dit, au conseil d'État, qu'elle était impossible. Il est certain que personne n'est présumé renoncer à sa patrie, il faut présumer, au contraire, que le citoyen veut conserver sa nationalité. Mais il peut y avoir des faits qui prouvent à l'évidence l'intention contraire. Les Français, les Belges qui émigrent aux Etats-Unis n'ont plus l'esprit de retour; ils vendent ce qu'ils possèdent dans leur pays natal; ils transportent leur avoir en Amérique, ils s'y établissent avec leur famille, enfants et vieillards : c'est clairement manifester leur volonté d'abdiquer leur patrie.

Le deuxième alinéa de l'article 17 ajoute : « Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour » Cela ne veut pas dire que le Français qui fait un établissement commercial à l'étranger ne perd jamais sa nationalité. Le Français commerçant peut avoir l'intention de s'expatrier aussi bien que le Français industriel ou laboureur; seulement on ne pourra pas se prévaloir contre lui de l'établissement de commerce qu'il a créé à l'étranger. Cela est fondé en raison. L'expérience atteste que les commerçants vont faire fortune à l'étranger, avec l'intention de rentrer en France pour en jouir; d'ailleurs, les spéculations commerciales peuvent exiger que le Français s'établisse à l'étranger; l'esprit de retour est donc inhérent au commerce. Ainsi celui qui prétendra qu'un commerçant s'est établi à l'étranger sans esprit de retour devra prouver son allégation par d'autres faits (n° 384).

65. 4° La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari (art. 19); elle devient donc étrangère. Le code suppose, mais ne le dit pas, que la femme acquiert la nationalité de son mari; cela dépend de la législation étrangère.

En Belgique, la femme française qui épouse un Belge devient Belge, en vertu de l'article 12 du code civil qui est aussi le nôtre; mais en Angleterre, le mariage n'exerce aucune influence sur la nationalité; il en résulte que la femme française qui épouse un Anglais perd sa nationalité, sans acquérir celle de son mari, elle est sans patrie (n° 385).

66. Le Français qui perd la qualité de Français perd la jouissance des droits civils qui y est attachée. Cela résulte de l'article 8 et du chapitre II de notre Titre. Qui jouit des droits civils? L'article 8 répond : Tout Français. Comment les Français perdent-ils la jouissance des droits civils? Le chapitre II répond : Par la perte de la qualité de Français (n° 389).

§ III. *Comment les Français qui ont perdu leur nationalité la recouvrent.*

Sommaire.

67. Les conditions dépendent des causes pour lesquelles le Français a perdu sa nationalité.
68. Ceux qui recouvrent leur nationalité ne redeviennent Français que pour l'avenir.

67. Ceux qui perdent leur nationalité deviennent étrangers. D'après la rigueur des principes, ils ne pourraient recouvrer leur nationalité que comme les étrangers l'acquièrent, c'est-à-dire par la naturalisation. Le code civil se montre, en général, plus favorable aux Français devenus étrangers qu'aux étrangers proprement dits; l'Exposé des motifs dit que ce ne sont pas des étrangers, mais des enfants qui rentrent dans le sein de leur famille. Toutefois, ils ne recouvrent pas leur nationalité par une simple manifestation de volonté. La loi leur impose des conditions, selon que leur situation est plus ou moins favorable (n° 392).

Ceux qui perdent la qualité de Français par la naturalisation, par l'acceptation de fonctions civiles, ou par un établissement fait en pays étranger sans esprit de retour, peuvent *toujours* la recouvrer, en rentrant en France avec l'autorisation de l'empereur et en déclarant qu'ils veulent s'y fixer; il dépend donc du chef de l'État de rendre la nationalité à ceux qui l'ont perdue, ou de leur refuser ce bienfait, dont ils peuvent n'être pas dignes. Les autres

conditions dépendent de la volonté des ci-devant Français. Ils doivent déclarer qu'ils veulent se fixer en France et renoncer à toute distinction contraire à la loi française. Cette déclaration était prescrite à raison de l'abolition des titres de noblesse décrétée par l'Assemblée nationale. La noblesse est rétablie en Belgique, mais sans priviléges; de sorte que le ci-devant Belge ne pourrait se prévaloir des priviléges que les titres étrangers lui auraient conférés (nº 393).

Le code civil traitait avec plus de rigueur le Français qui prenait du service militaire chez l'étranger; nous avons dit que l'article 21 est abrogé en Belgique (*supra*, nº 62).

La femme française qui épouse un étranger ne peut recouvrer sa nationalité que lorsque le mariage est dissous; tant qu'il subsiste, l'effet que la loi y attache subsiste aussi (nº 395). Quant aux conditions, l'article 19 distingue. Si la femme réside en pays étranger, elle doit demander l'autorisation de rentrer en France, et déclarer qu'elle veut s'y fixer. Dans ce cas, il faut une manifestation de volonté, et l'agrément du chef de l'État. La femme ne recouvre pas sa nationalité de plein droit, parce qu'elle a acquis une autre patrie; c'est à elle de voir si elle veut rester étrangère ou redevenir Française. Si la femme réside en France, elle doit encore faire une déclaration de volonté; elle change de patrie, quand elle recouvre sa qualité de Française, il faut pour cela qu'elle en manifeste la volonté (nºs 396 et 397). La loi n'exige plus que la femme soit autorisée à rentrer en France, puisqu'elle y est, et elle y est avec l'autorisation tacite du chef de l'État.

68. Ceux qui recouvrent la qualité de Français ne peuvent s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions prescrites par la loi, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque (art. 20). Cette dernière disposition est une application du principe que le changement de nationalité n'a d'effet que pour l'avenir, il ne rétroagit pas. La raison en est que celui qui acquerrait une nouvelle nationalité avec effet rétroactif, aurait eu deux patries dans le passé, ce qui, en principe, est impossible (nºs 325 et 399).

§ IV. *De la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires.*

Sommaire.

69. La mort civile est abolie en Belgique et en France.
70. Il n'y a plus d'interdiction légale.

69. Dans l'ancien droit, on admettait que la condamnation à certaines peines entraînait la mort civile du condamné; il était considéré comme mort aux yeux de la loi. Cette terrible fiction, vivement combattue par le Tribunat, fut maintenue par le code civil (art. 22-23). La constitution belge l'a abolie, et la loi française du 31 mai 1854 en a prononcé également l'abolition.

70: Notre code pénal place parmi les peines criminelles et correctionnelles l'interdiction de certains droits politiques et civils (art. 7). D'après le code pénal de 1810, il y avait une interdiction légale; ceux qui étaient condamnés à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la reclusion étaient, pendant la durée de leur peine, en état d'interdiction; on leur nommait un tuteur et un subrogé tuteur, comme aux interdits (art. 29). Notre code pénal ne reproduit plus cette interdiction, elle est donc abrogée (t. V, n° 246).

CHAPITRE II.

DES ÉTRANGERS.

---

§ I. *Des étrangers non domiciliés.*

Sommaire.

71. Les étrangers ne jouissent pas des droits civils en France.
72. Des droits jadis réputés civils dont les étrangers jouissent aujourd'hui.
73. Du droit d'ester en justice.
74. Quels sont les droits civils dont les étrangers ne jouissent pas?

71. Les étrangers ne jouissent pas des droits civils en France, sauf dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi.

Ce principe, vivement controversé, résulte du texte et de l'esprit du code Napoléon. L'article 11 porte : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. » Les étrangers ne jouissent donc pas, en général, des droits civils ; la loi exige une condition, des traités de réciprocité ; en l'absence de traités, les étrangers n'ont pas la jouissance des droits dits *civils*, par opposition aux droits *naturels* qui appartiennent à tout homme. L'article 13 est conçu dans le même sens : « L'étranger qui aura été admis, par l'autorisation de l'empereur, à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils. » Cette disposition suppose que les étrangers non domiciliés ne jouissent pas des droits civils ; c'est pour obtenir cette jouissance qu'ils demandent au chef de l'État l'autorisation d'établir leur domicile en France. L'article 8 conduit à la même conclusion : il dit que tout Français jouira des droits civils ; c'est dire que l'étranger n'en jouit pas, ou n'en jouira que sous certaines conditions, qui sont déterminées par les articles 11 et 13. Cela résulte encore du chapitre II ; le Français qui perd sa nationalité devient étranger, et par suite, il ne jouit plus des droits civils ; donc l'étranger n'en jouit pas (n° 405).

Telle est aussi la tradition. Pothier dit que les étrangers jouissent de tout ce qui est du *droit des gens*, et qu'ils ne jouissent pas de ce qui est de *droit civil* : voilà la distinction que l'article 11 consacre. Domat établit la même distinction et la fonde sur la division du genre humain en nations, et par suite, des hommes en citoyens et étrangers (n°s 408 et 409). C'était un axiome de l'ancien droit ; on lit dans le *Répertoire* de Guyot, auquel Merlin a attaché son nom : « Tout étranger est capable, dans le royaume, des actes du *droit des gens*. Les actes du *droit civil* lui sont interdits » (n° 410). Tel est également l'esprit dans lequel les auteurs du code civil consacrèrent la distinction traditionnelle des *droits civils*, dont la jouissance n'appartient qu'aux Français, et des droits qui procèdent du *droit des gens* ou du *droit naturel*, droits dont tout homme jouit. Portalis justifie ces distinctions par des considérations politiques. « Quelques philosophes, dit-il, avaient pensé que les *droits civils* ne doivent être refusés à personne, et qu'il fallait ainsi former une seule nation de toutes les nations. Cette

idée est généreuse et grande, mais elle n'est pas dans l'ordre des affections humaines. On affaiblit ses affections en les divisant : la patrie n'est plus rien pour celui qui a le monde pour patrie. » Ce sont les sentiments des anciens, préconisés par Rousseau; ils conduisent logiquement à exclure l'étranger de la jouissance des droits civils. Telle est, en effet, la doctrine de Portalis (n° 411). Le rapporteur du Tribunat fait l'application de ces principes aux droits dont il convient d'accorder la jouissance aux étrangers : « Un État n'est autre chose qu'une unité de lois et de patrie, à la faveur de laquelle les *citoyens* unis participent aux effets *civils* du *droit de la nation;* ceux qui forment cette unité sont les *seuls* qui puissent réclamer les avantages qu'elle produit. » Siméon en conclut que chaque nation a son *droit civil,* qui lui est *propre* et qui ne peut se communiquer aux membres d'une autre nation (n° 414).

Nous exposons les principes du code, sans vouloir en prendre la défense. A notre avis, la distinction des droits en *civils* et *naturels* est fausse. La différence de nationalité sur laquelle Portalis la fonde a bien pour conséquence que personne ne peut avoir deux patries, et qu'on ne peut jouir des droits politiques ailleurs que là où l'on est citoyen, mais la division du genre humain en nations n'a aucune influence sur les droits privés. Qu'est-ce que les droits privés? Des facultés légales qui sont nécessaires à l'homme pour qu'il puisse remplir sa destinée en ce monde. Par cela seul que l'on est homme, on doit donc jouir des droits privés. On l'admet pour les droits dits *naturels;* il faut l'admettre aussi pour les droits dits *civils.* Cette distinction est purement arbitraire, et elle tend à s'effacer; tous les droits privés ont commencé par être *civils*, et ils finissent par être considérés comme des droits *naturels.* Il en est ainsi du plus considérable de tous, le droit de succession; le droit d'aubaine a longtemps régné chez tous les peuples, et aujourd'hui on l'abolit partout (n°s 423-425). Si les droits *civils* se transforment insensiblement en droits *naturels*, c'est qu'en réalité ce sont des droits *naturels,* et si les uns le sont, tous le sont. C'est la doctrine des philosophes, et elle se réalise dans les lois (n^es^ 426-427).

72. Quels sont les droits civils dont les étrangers ne jouissent pas? Il faut d'abord écarter les droits qui jadis étaient considérés

comme civils et qui aujourd'hui appartiennent aux étrangers. Dans la haute antiquité, le mariage était un droit civil; le code le considère encore comme tel, puisque le mort civilement est incapable de contracter un mariage qui produise des effets civils. Cependant le code reconnaît aux étrangers le droit de se marier : s'il y a un droit naturel, c'est bien celui-là (n° 430).

Il en est de même du droit de propriété et de ses démembrements. Toutefois, sous l'empire du code civil, il était encore généralement admis que l'hypothèque légale était un droit civil qui n'appartenait pas au mineur étranger et à la femme étrangère; notre loi hypothécaire le donne expressément aux étrangers, Encore un droit *civil* qui est devenu un droit *naturel* (n° 432).

L'étranger pouvait être propriétaire, et il était incapable d'acquérir par succession ou testament. Montesquieu flétrit le droit d'aubaine comme un droit insensé; l'Assemblée constituante l'abolit au nom de la fraternité universelle; le code le rétablit, malgré les protestations du Tribunat. En France et en Belgique, le législateur l'a définitivement aboli (n° 426, 433).

73. Jadis l'étranger ne jouissait pas du droit d'ester en justice, et le code le soumet encore à une législation exceptionnelle. L'étranger peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations contractées en France, alors même qu'il résiderait à l'étranger. Dans ce dernier cas, il y a dérogation au droit commun, d'après lequel l'étranger devrait être actionné devant le tribunal de son domicile. Le législateur a pensé que le Français ne trouverait pas devant les tribunaux étrangers l'équité et l'impartialité qu'il est sûr de rencontrer devant les tribunaux de son pays. Cette crainte ne témoigne pas pour notre civilisation (n° 436).

L'étranger peut encore être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français (art. 14). Cette disposition est tout à fait exorbitante du droit commun. C'est toujours la défiance qui est la raison de cette exception (n° 407).

Ces dispositions exceptionnelles ont été abolies par le nouveau code de procédure belge. L'étranger peut traduire un Français devant un tribunal de France pour des obligations par lui contractées en pays étranger (art. 15); à plus forte raison quand

l'obligation a été contractée en France. Toutefois la loi accorde un nouveau privilége au Français défendeur; l'étranger demandeur est tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, c'est ce qu'on appelle la caution *judicatum solvi*. L'étranger demandeur qui succombe est condamné aux frais et dommages-intérêts; s'il était insolvable, le Français défendeur serait en perte : de là la nécessité d'une garantie (n° 439). Il y a exception à l'obligation de donner caution quand l'étranger possède des immeubles en France d'une valeur suffisante pour assurer le payement des frais et dommages intérêts. L'étranger qui n'a pas d'immeubles est admis à consigner la somme déterminée par le tribunal (C. de pr., art. 167).

Le code ne parle pas des procès que les étrangers ont entre eux. Est-ce à dire que les tribunaux français soient incompétents pour les décider? C'est la doctrine consacrée par la jurisprudence française. Nous l'avons combattue sous l'empire du code civil. Aucune loi ne défend aux juges de rendre justice aux étrangers; dès lors il n'y a pas de raison pour qu'ils se déclarent incompétents. On reconnaît aux étrangers tous les droits privés qui dérivent du droit des gens; or, les droits ne sont rien s'ils ne sont sanctionnés. Par cela seul que les étrangers peuvent être propriétaires et créanciers, ils doivent avoir le droit de faire valoir leur propriété et leurs créances en justice (n° 440). La jurisprudence des cours de Belgique était, en général, plus favorable aux étrangers (n° 443). Notre nouveau code de procédure met les étrangers demandeurs sur la même ligne que les Belges.

74. Nous passons aux droits civils proprement dits. Il n'y a pas de principe qui serve à distinguer les droits *civils* dont l'étranger ne jouit pas, et les droits *naturels* dont il jouit, et il ne peut y en avoir, puisque la distinction est fausse. On peut dire, au point de vue de la doctrine traditionnelle, qu'un droit est *civil* quand il est créé par le législateur et qu'il n'existe qu'en vertu de la loi; s'il a son principe dans la nature et que la loi ne fasse que l'organiser, il appartient au droit des gens. La solution sera toujours plus ou moins arbitraire, car en principe il faudrait dire que tout droit dérive de la nature (n° 444).

L'étranger peut-il être tuteur d'un Français? On considère

généralement la tutelle comme étant de droit *civil*, parce que c'est une sorte de fonction publique qui intéresse la société tout entière. Cela nous paraît très-douteux. Une fonction publique confère une partie de la puissance publique, or le tuteur n'a pas de puissance, pas plus que le père; c'est un mandataire légal, dans l'intérêt d'un incapable; il a des obligations plutôt que des droits. La tutelle est donc d'ordre privé, et non de droit public (n° 445).

Un étranger peut-il adopter ou être adopté? Non. L'adoption est une création de la loi civile, il en résulte des liens de parenté civile de pure fiction; tout est donc de droit civil dans cette institution. Cela est décisif, bien entendu, au point de vue traditionnel; car, en principe, pourquoi l'étranger qui peut se marier, qui a tous les droits de famille, ne pourrait-il pas avoir une famille adoptive? A-t-il moins besoin de consolation qu'un Français? Et quand l'adoption est rémunératoire, pourquoi la loi ne lui permettrait-elle pas de témoigner sa reconnaissance à celui qui lui a sauvé la vie? (N° 446.)

L'étranger peut être propriétaire. Il y a cependant une propriété qu'on lui conteste : il n'a pas le droit de posséder des marques de fabrique, parce que c'est une pure création de la loi. Cela est vrai, mais cela ne témoigne pas pour la doctrine traditionnelle des droits civils (n° 447).

L'étranger n'est pas admis à faire cession de biens en justice (C. de pr., art. 907). Ce bénéfice est accordé au débiteur malheureux et de bonne foi. Est-ce qu'un étranger ne peut être de bonne foi et malheureux? Non, dit un vieil auteur, car il suce le sang et la moelle des Français, puis il les paye en faillites. Voilà la doctrine des droits *civils!* (N° 448.)

L'étranger ne peut être témoin à un acte notarié (loi du 25 ventôse an XI, art. 9; C. c., art. 980). C'est une des rares exclusions qui se justifie en fait; l'étranger pouvant quitter la France d'un jour à l'autre, on pourrait difficilement l'appeler à attester en justice l'acte auquel il a assisté (n° 451).

§ II. *Comment l'étranger acquiert la jouissance des droits civils.*

Sommaire.

75. L'étranger jouit en France des mêmes droits civils qui sont accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient (art. 11). Ainsi deux conditions sont requises pour que l'étranger acquière la jouissance des droits civils : 1° la réciprocité; 2° un traité qui garantisse cette réciprocité. La loi exige la réciprocité, afin d'engager les nations étrangères à accorder aux Français la jouissance des droits civils, et comme garantie de ces concessions, le code exige un traité; un traité lie les parties contractantes, tandis que la loi n'impose aucune obligation, elle peut toujours être changée par la volonté du législateur qui l'a portée (n° 452). Le principe de réciprocité est un principe d'utilité; il y a quelque chose qui est au-dessus de l'utilité, c'est le droit et la justice; et il se trouve, en définitive, que ce qui est juste est aussi utile. Les lois qui ont aboli le droit d'aubaine en France et en Belgique ont abandonné le principe d'utilité ou de réciprocité (n° 453).

76. « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera à y résider » (art. 13). C'est une faveur qui facilite la naturalisation des étrangers; en attendant qu'ils puissent l'obtenir, ils auront la jouissance des droits civils. La loi leur impose deux conditions. D'abord l'autorisation du chef de l'État, laquelle est révocable; si l'étranger se montre indigne du bienfait qui lui a été accordé, il pourra en être privé. En second lieu, l'étranger doit résider en France; s'il cesse de résider, il perd la jouissance des droits civils (nos 454-457).

L'étranger autorisé à établir son domicile en France y jouit de tous les droits civils; il est donc assimilé au Français. Toutefois l'assimilation n'est pas aussi absolue que l'article 13 semble le dire. L'étranger domicilié reste étranger, il conserve donc son statut personnel. Par la même raison, il ne jouit pas des droits

qui n'appartiennent qu'aux Français; ainsi il ne pourrait être témoin à un acte notarié, parce que les témoins doivent être citoyens français, sujets de l'empereur (nos 458-459).

TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

(*Principes de droit civil*, t. II.)

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ I. *Des officiers de l'état civil.*

Sommaire.

77. La constitution belge porte, article 109 : « La rédaction des actes de l'état civil et la tenue des registres sont exclusivement dans les attributions des autorités communales. » Pourquoi une loi constitutionnelle s'occupe-t-elle des actes de naissance, de mariage et de décès? Pourquoi confie-t-elle la rédaction de ces actes à des autorités laïques, en excluant l'intervention du clergé? C'est parce qu'il y a en cause un principe fondamental des sociétés modernes, la sécularisation de l'ordre civil et la souveraineté laïque. Sous l'ancien régime, l'Église et l'État étaient confondus : l'État avait une action sur l'Église, et l'Église intervenait dans l'ordre civil, pour le dominer. Elle lui imposait son intolérance. De là l'horrible législation de Louis XIV sur les protestants; les religionnaires n'avaient pas même d'état civil, et pour être mariés légalement, ils devaient commencer par apostasier (nos 1-4).

La révolution de 1789 sécularisa l'ordre civil, c'est-à-dire qu'elle écarta l'intervention de l'Église dans les actes qui sont civils de leur nature. Tels sont les actes de naissance, de mariage et de décès; le nom même qu'on leur donne atteste qu'il s'agit de l'état *civil* des hommes; c'est à la loi civile, organe de la souveraineté, de régler la tenue des actes qui constatent l'état des personnes. On a donné une autre raison de la sécularisation des actes de l'état civil. Dans un pays, dit-on, où tous les citoyens ne professent pas la même religion, les formalités des actes de l'état civil, et notamment celles du mariage, ne doivent pas être remplies par les ministres de l'une de ces religions. Cela est d'évidence, mais ce n'est pas assez dire. Quand même tous les hommes seraient catholiques, la loi seule aurait qualité pour régler l'état civil. Ce n'est pas une question de liberté religieuse; il s'agit de la souveraineté qui appartient à la loi, comme expression de la volonté nationale : c'est parce que le législateur laïque est souverain, qu'il a le droit de régler souverainement tout ce qui appartient à l'ordre civil. Le tribun Siméon le dit dans son rapport sur le titre II. Tel est aussi le sens de notre constitution quand elle attribue *exclusivement* la tenue des actes de l'état civil à des autorités laïques (n°s 5-7). Nous reviendrons sur le principe en traitant du mariage (*infra*, n° 128).

D'après le législateur belge, c'est le collége des bourgmestre et échevins qui est chargé de la tenue des registres de l'état civil (loi du 30 mars 1836, art. 93). Le bourgmestre est officier de l'état civil; mais le collége peut aussi désigner un échevin pour remplir ces fonctions.

78. Dans quelle forme les actes de l'état civil reçus à l'étranger doivent-ils être dressés quand ils concernent des Français? Il y a un premier principe qui est commun aux Français et aux étrangers : l'acte fait foi s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le pays où il est dressé. C'est l'application de l'adage, *Locus regit actum*. La loi ne parle pas de l'officier étranger; il est certain qu'il faut appliquer à l'officier qui reçoit l'acte ce que la loi dit des formes dans lesquelles il doit être reçu. Un acte dressé en France par un ministre du culte serait nul. Rédigé à l'étranger, dans un pays où la rédaction des actes de l'état civil appartient à l'Église, cet acte ferait foi en France (n° 9).

L'article 48 permet aux Français de faire recevoir à l'étranger les actes de l'état civil qui les concernent par les agents diplomatiques ou par les consuls de France; dans ce cas, les actes doivent être rédigés conformément aux lois françaises. Cette règle est fondée sur une fiction en vertu de laquelle l'hôtel de l'ambassadeur est censé faire partie du pays qu'il représente. La fiction est consacrée par un usage universel; elle peut donc être invoquée par l'étranger en France (n° 10).

79. Il y a encore des officiers de l'état civil spéciaux pour les militaires qui se trouvent hors du territoire de l'empire. Nous renvoyons au texte du chapitre V (nos 12-14).

§ II. *Des registres de l'état civil.*

Sommaire.

80. Les actes de l'état civil sont inscrits sur des registres (art. 40). Il est défendu aux officiers de les inscrire sur des feuilles volantes (C. pén., art. 263). L'inscription sur des registres est de règle quand il s'agit d'actes destinés à la publicité et dont la conservation intéresse les tiers. L'intérêt de conservation est évident, et par cela même la publicité est assurée. La formalité est donc essentielle.

L'article 40 veut que les registres soient tenus doubles; l'un des doubles est déposé, à la fin de chaque année, aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal de première instance (art. 43). Ce double dépôt explique la nécessité des doubles registres. C'est une précaution nécessaire pour empêcher la perte des actes de l'état civil, actes qui intéressent à un si haut degré l'état des hommes et les tiers.

Les registres doivent être cotés par première et dernière, et parafés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance (art. 41). C'est une précaution contre la fraude qui pourrait se commettre facilement, en intercalant ou en supprimant un ou plusieurs feuillets, s'ils n'étaient cotés et parafés (n° 15).

81. Les registres sont publics (art. 45). Ceux qui contractent ont intérêt à connaître l'état civil de celui avec qui ils traitent, car ses droits en dépendent. Toute personne peut se faire délivrer des extraits des registres. La loi n'exige pas que celui qui demande un extrait justifie de son intérêt; l'état des hommes n'est pas un secret, il est public de sa nature; il fallait donc favoriser les recherches.

Les extraits sont délivrés par les dépositaires des registres, c'est-à-dire soit par les greffiers, soit par le collége échevinal (nº 16).

§ III. *De la rédaction des actes.*

Sommaire.

82. Qu'est-ce que l'officier de l'état civil peut et doit constater dans l'acte?
83. Formalités des actes de l'état civil.
84. Les actes irréguliers sont-ils nuls? Sanction de la loi.
85. De la rectification des actes irréguliers.

82. « Les officiers de l'état civil ne pourront rien insérer dans les actes qu'ils reçoivent, soit par notes, soit par énonciation quelconque, que ce qui *doit* être déclaré par les comparants » (art. 35). Quel est le sens de cette règle? Un premier point est certain, c'est que l'officier public ne peut pas énoncer ce qui *doit* être déclaré quand cette déclaration ne lui est pas faite par les comparants. En ce sens, son ministère est passif; il remplit les fonctions de secrétaire. En second lieu, l'officier ne peut pas constater tout ce qui lui est déclaré. Cela est d'évidence quand les déclarations sont prohibées. Que faut-il décider des déclarations que la loi ne commande ni ne défend? Le texte répond que l'officier ne peut constater que ce qui *doit* être déclaré par les comparants; donc il doit refuser de recevoir les déclarations que la loi ne commande pas aux parties de faire. La raison pour laquelle la loi pose cette règle restrictive est que les actes de l'état civil sont destinés à prouver l'état des hommes, et ils font foi comme actes authentiques. Dès lors le législateur a dû veiller à ce que l'officier ne fît d'autres mentions que celles auxquelles il convient de donner force probante. Ainsi la loi seule décide

quelles déclarations l'officier peut recevoir; il n'est que l'organe de la loi (n° 17).

83. Les actes sont rédigés sur la déclaration des comparants (art. 36), en présence de témoins (art. 37). Tous ceux qui figurent à l'acte doivent signer (art. 39). Les actes sont inscrits de suite sur le registre. Pour empêcher les fraudes, la loi veut qu'il n'y ait aucun blanc, que les ratures et les renvois soient approuvés, et que les dates soient écrites en toutes lettres (art. 42). Lecture est donnée de l'acte (n° 19). Quant aux formalités de l'acte, nous renvoyons au texte du code (art. 34, 36, 40, 42-44).

84. Les formalités prescrites pour la rédaction des actes de l'état civil doivent-elles être observées sous peine de nullité? La loi ne prononce pas la nullité, et d'après les principes on ne peut pas l'admettre. L'inobservation des formalités n'entraîne la nullité que lorsqu'elles sont substantielles, c'est-à-dire quand l'intention du législateur est que l'acte ne puisse valoir que si les formes ont été observées. Or, pour les actes de l'état civil, l'intention du législateur est toute contraire. Il n'y a pas d'actes plus importants que ceux qui constatent l'état des personnes; prononcer la nullité pour le moindre vice de forme, ce serait compromettre l'état des hommes, alors que le but de la loi est de l'assurer. Comme c'est à la négligence ou à l'ignorance des rédacteurs que l'irrégularité doit être imputée, le législateur a cherché une autre sanction, en établissant des peines contre l'officier de l'état civil (n° 21).

Après avoir énuméré les formalités que les officiers doivent observer, la loi ajoute (art. 50) que toute contravention sera punie d'une amende qui ne peut excéder cent francs. Il faut ajouter les peines établies par le code pénal pour le faux et pour l'inscription sur une feuille volante (C. p., 363 et 364). C'est le procureur impérial qui est chargé de vérifier les registres lors du dépôt qui en est fait au greffe ; il constate en même temps les contraventions et dirige les poursuites contre les coupables (art. 53).

Les officiers de l'état civil sont de plus civilement responsables du dommage qu'ils causent par leurs délits (art. 52) ou par leurs quasi-délits (art. 1382 et 1383). C'est l'application du principe général en vertu duquel tout fonctionnaire est responsable du

dommage qu'il cause aux particuliers, en remplissant mal les fonctions que la loi lui confie. Enfin les dépositaires des registres, les greffiers et le collége échevinal sont civilement responsables des altérations qui y seraient faites, sauf leur recours contre les coupables (art. 51).

85. Les actes inscrits sur les registres ne peuvent plus être modifiés par l'officier de l'état civil. Ils intéressent les parties et les tiers; et toute personne intéressée a le droit de s'en prévaloir, tels qu'ils se trouvent portés sur les registres. C'est le droit commun. S'il y a lieu de les rectifier, la rectification doit se faire par jugement, lequel est inscrit sur les registres, et mention en est faite en marge de l'acte rectifié (art. 101). Les parties intéressées peuvent seules poursuivre la rectification des actes de l'état civil. Pour agir, il faut un intérêt né et actuel, mais un intérêt moral suffit en cette matière, puisque l'état des hommes est avant tout d'intérêt moral (n° 30). Le jugement de rectification ne peut être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient pas requis ou qui n'y auraient pas été appelées (art. 100). C'est l'application du principe qui régit la chose jugée : le jugement ne peut être opposé à ceux qui n'ont pas été en cause, parce qu'ils n'ont pas pu faire valoir leurs droits; nous expliquerons le principe au titre *des Obligations* (n° 33).

§ IV. *De la preuve résultant des actes de l'état civil.*

Sommaire.

86. Les registres sont des actes authentiques. Il en est de même des extraits, sous les conditions déterminées par la loi.
87. Les actes de l'état civil font foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire, d'après les principes qui régissent la force probante des actes authentiques.

86. Les registres de l'état civil sont des actes authentiques; on peut leur appliquer la définition que l'article 1317 donne de ces actes : ils sont reçus par des officiers chargés de tenir les registres et d'imprimer aux actes qu'ils y insèrent le caractère d'authenticité. Le code dit (art. 45) que les extraits, c'est-à-dire les copies des registres ont la force probante attachée aux actes authentiques; à plus forte raison, les registres sont-ils authen-

tiques, car l'authenticité de la copie ne peut dériver que de l'authenticité de l'original. La loi aurait dû le dire et elle l'avait dit. Le projet adopté par le conseil d'État portait : « Ces *actes* et ces extraits. » Pourquoi les mots *ces actes* ont-ils disparu? On ne le sait (n° 35).

Les extraits sont également des actes authentiques, sous les conditions déterminées par l'article 45. Ils doivent d'abord être *délivrés conformes aux registres,* ce qui veut dire que l'officier de l'état civil atteste que l'extrait est conforme aux registres, qu'il en est la copie exacte; c'est à raison de cette conformité qu'il fait foi. De plus il doit être légalisé par le président du tribunal. La légalisation est un certificat écrit par le juge au pied de l'extrait et constatant que celui qui l'a fait est revêtu des fonctions qui lui donnent le droit de délivrer des extraits. Ainsi la légalisation atteste deux choses : la vérité de la signature et la qualité du signataire. Ce n'est pas la légalisation qui constitue l'authenticité, elle l'atteste seulement à ceux qui ne connaissent pas la signature de l'officier public (n° 36).

87. L'article 45 dit que les extraits, et par conséquent les registres, font foi jusqu'à inscription de faux. Cette disposition est trop absolue. Il faut appliquer aux actes de l'état civil la distinction que l'on fait pour tous les actes authentiques. Ce que l'officier public constate comme l'ayant fait dans l'exercice de ses fonctions fait preuve jusqu'à inscription de faux. Telle est la date, qu'il est tenu de mettre à l'acte. On ne peut contester la vérité de la date qu'en soutenant que l'officier public a mis une fausse date; on l'accuse donc d'avoir commis un faux, partant il faut s'inscrire en faux. Il en est de même quand l'officier public constate ce qui se passe devant lui. L'acte porte qu'un enfant a été présenté à l'officier de l'état civil; on ne peut contester ce fait sans s'inscrire en faux; car l'officier public doit exiger que l'enfant lui soit présenté, et il doit le mentionner dans l'acte; si l'on soutient que l'officier public a constaté, contrairement à la vérité, qu'un enfant lui a été présenté, on l'accuse d'avoir fait une fausse mention, donc il faut s'inscrire en faux.

Quant aux déclarations que font les comparants, il faut distinguer le fait matériel de la déclaration et la sincérité de la déclaration. Un médecin vient déclarer à l'officier de l'état civil

que telle femme est accouchée, l'officier constate la déclaration. Il sera prouvé jusqu'à inscription de faux que la déclaration a été faite; car l'officier public a mission de recevoir cette déclaration; dire qu'il a constaté avoir reçu une déclaration qui ne lui a pas été faite, c'est l'accuser d'avoir commis un faux, il faut donc s'inscrire en faux. Mais la vérité de la déclaration reçue par l'officier de l'état civil n'est pas prouvée jusqu'à inscription de faux, car l'officier n'est pas chargé de la contrôler, et il n'a aucune qualité pour cela. Les parties intéressées peuvent donc contester la vérité de la déclaration faite par le médecin, sans prétendre que l'officier public a commis un faux; elles conviennent, au contraire, que l'officier a constaté la déclaration telle qu'elle lui a été faite; dès lors, il n'y a pas lieu de s'inscrire en faux. Celui qui attaque la déclaration est admis à établir qu'elle est mensongère, en prouvant son allégation d'après le droit commun; en ce sens on dit que les déclarations reçues par l'officier de l'état civil ne font foi de leur vérité que jusqu'à preuve contraire.

Si l'officier de l'état civil mentionnait des faits qu'il n'a pas mission de constater, ou recevait des déclarations qu'il ne doit pas recevoir, l'acte n'en ferait aucune foi. La raison en est que l'officier qui dépasse les limites de ses attributions n'est plus un officier public, en ce sens que la loi ne lui doit aucune foi quand il fait ce qu'il n'a pas le droit de faire. Telle est l'énonciation dans l'acte de décès de l'heure et du jour de la mort. Quelle foi fait la mention que les actes contiennent à cet égard? Aucune; le législateur ne peut attacher aucune foi à ce qui se fait en violation de la loi (n°s 38-39).

§ V. *Des cas où il n'y a pas de registres.*

Sommaire.

88. Comment se prouvent les faits de l'état civil lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été perdus?
89. L'article 46 peut-il être étendu, par voie d'analogie, à des cas non prévus?

88. La loi prescrit la tenue de registres, afin de donner aux hommes un moyen facile d'établir leur état. Comment prouveront-ils les naissances, les mariages et les décès, lorsqu'il n'a pas

existé de registres, ou lorsqu'ils sont perdus? L'article 46 décide que « les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers des père et mère décédés que par témoins ». Ainsi la loi admet les écrits émanés des père et mère, et la preuve testimoniale pour établir les faits qui constituent l'état civil. Mais ces preuves ne sont admises que sous la condition qu'il n'ait pas existé de registres ou qu'ils soient perdus; il faut donc que le demandeur prouve préalablement le fait de la non-existence ou de la perte des registres. La loi exige cette preuve préalable, parce que d'ordinaire, en l'absence de registres, l'état civil sera établi par témoins; car il est rare qu'il y ait des écrits émanés des père et mère ; or, le législateur se défie de la preuve testimoniale ; il la prohibe, en principe, en matière de conventions; il la repousse aussi quand il s'agit de l'état des personnes. Quand il n'y a ni registres ni papiers domestiques, la loi est forcée de se contenter de témoignages, mais elle cherche à en diminuer le danger, en exigeant une preuve préalable qui donne quelque probabilité à la demande (n° 43).

La preuve préalable se fait, tant par titres que par témoins, ce qui veut dire que la preuve peut se faire non-seulement par un écrit constatant qu'il n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus, mais aussi par témoins. C'est le droit commun, la preuve testimoniale est toujours admissible, comme nous le dirons au titre des *Obligations*, quand il s'agit de prouver un fait matériel (n° 44).

Quand la preuve préalable est faite, les mariages, naissances et décès pourront être établis d'abord par les papiers des père et mère décédés. Il faut que les parents soient décédés; en ce cas leur témoignage mérite pleine confiance; car on ne peut pas supposer qu'ils aient fait de fausses énonciations sur leurs registres, en vue d'un procès qui s'élèverait après leur mort. Du reste, la preuve par papiers domestiques peut être combattue. S'il n'y a pas d'écrits, il ne reste que la preuve testimoniale (n°s 45 et 46).

89. La loi suppose qu'il n'a pas été tenu de registres, ce qui peut arriver dans des temps de troubles et de guerre; ou que les registres ont été perdus, par exemple, détruits par un incendie. Il peut se présenter d'autres cas; il y a un registre, mais il y manque un feuillet, ou la tenue en a été interrompue : y a-t-il

lieu, dans ces cas et autres analogues, à appliquer l'article 46? On admet généralement que les cas prévus par la loi sont des exemples qui servent à expliquer le sens de la loi. C'est en ce sens que l'on interprétait l'ordonnance de 1667, que le code n'a fait que reproduire. Mais il y a deux conditions que l'on ne doit pas perdre de vue : il faut d'abord qu'il y ait nécessité de recourir à la preuve testimoniale, c'est-à-dire que la preuve régulière par les registres fasse défaut; et il faut aussi que le fait d'où résulte cette impossibilité rende la demande probable et diminue le danger que présentent les témoignages (nos 47-50).

CHAPITRE II.

DES DIVERS ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

Sommaire.

90. Énumération et classification.

90. Le code, dans le Titre II, ne parle que de trois actes de l'état civil, des actes de naissance, de mariage et de décès. Il y en a d'autres; ce sont : les actes de publication de mariage, pour lesquels le code prescrit un registre à part, mais simple (art. 63); les actes de divorce (art. 258 et 294); les actes d'adoption (art. 359); les actes de reconnaissance d'un enfant naturel (art. 49, 62 et 354). Nous suivrons la classification du code, en renvoyant, comme font tous les auteurs, les dispositions sur l'acte de mariage au titre du *Mariage*.

§ I. *Des actes de naissance.*

Sommaire.

91. Déclaration de naissance. Présentation de l'enfant. Énonciation de l'acte.
92. Des enfants naturels. Le nom de la mère doit-il être déclaré et énoncé dans l'acte?

91. Les naissances doivent être déclarées à l'officier de l'état civil dans les trois jours de l'accouchement (art. 55). L'article 55 détermine les personnes qui doivent faire la déclaration de naissance. C'est une obligation sanctionnée par une peine (code pén., 361).

L'enfant doit être présenté à l'officier de l'état civil (art. 55).

L'article 57 prescrit les énonciations que doit contenir l'acte de naissance; les comparants sont tenus de faire ces déclarations à l'officier public.

Le code contient des dispositions spéciales pour les enfants nés pendant un voyage en mer (art. 59-62).

92. Il y a des enfants malheureux que la mère expose à la pitié publique. Le code veut qu'ils soient remis à l'officier de l'état civil, avec tous les renseignements qui pourront un jour les aider à retrouver leur famille (art. 58).

La naissance des enfants naturels doit être régulièrement déclarée à l'officier public. Les comparants doivent-ils déclarer les noms des père et mère, et l'officier de l'état civil doit-il recevoir cette déclaration? A notre avis, non. Cela est généralement admis pour le nom du père. Et l'on admet aussi généralement que le nom de la mère doit être déclaré. L'article 35 décide la question en sens contraire : l'officier public ne peut rien insérer dans les actes que ce qui doit être déclaré par les comparants, et rien ne doit être déclaré par ceux-ci que ce que la loi leur ordonne de déclarer (*supra*, n° 82). La question se réduit donc à savoir s'il y a une loi qui ordonne de déclarer le nom de la mère naturelle; or, le code ne parle pas de la mère naturelle : l'article 57, le seul qui existe sur la matière, prescrit d'énoncer les noms des père et mère, mais tout le monde convient que ces mots ne comprennent pas le père naturel; dès lors, il est impossible que la mère naturelle y soit comprise : parlant des *père et mère,* et entendant par *père* le *père légitime,* il ne se peut qu'il entende par *mère* la mère *naturelle* ou *légitime.*

Cette interprétation est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Dans le système du code, on ne doit énoncer dans l'acte que ce qui est destiné à faire foi. Or, l'acte de naissance des enfants légitimes fait foi de leur filiation ; voilà pourquoi l'article 57 veut que les noms des père et mère y soient déclarés. Quant à l'enfant naturel, sa filiation ne se prouve pas par l'acte de naissance, donc on ne doit pas y déclarer les noms de ses père et mère ; partant l'article 57 ne peut recevoir d'application à la mère naturelle (n°s 56 et 57).

§ II. *Des actes de décès.*

Sommaire.

93. Les décès doivent être déclarés, et l'officier de l'état civil doit s'assurer de la réalité de la mort, avant de délivrer l'autorisation d'inhumer (art. 77 et 78). Il est dressé acte des déclarations; l'article 79 détermine les énonciations qui doivent s'y trouver. La loi ne prescrit pas d'énoncer le jour ni l'heure des décès ; dès lors, d'après l'article 35, la déclaration n'en doit pas être faite, ni reçue par l'officier public (*supra*, n° 82). Il est cependant d'usage de faire la déclaration et de la constater, mais cette énonciation ne fera aucune foi (*supra*, n° 87) (n° 62).

94. Le code contient des dispositions spéciales sur les décès qui ont lieu pendant un voyage sur mer (art. 86 et 87) et sur ceux qui ont lieu dans un hôpital ou une prison (art. 80-85). Nous renvoyons au texte de la loi.

TITRE III.

DU DOMICILE.

CHAPITRE PREMIER.

DU DOMICILE RÉEL.

§ I. *Principes généraux.*

Sommaire.

95. L'article 102 porte : « Le domicile de *tout Français,* quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal

établissement. » Cela implique que toute personne a un domicile, même l'enfant qui vient de naître. En effet, toute personne a des droits, et ces droits pouvant être débattus devant les tribunaux, il faut qu'elle ait un domicile qui détermine la compétence en matière personnelle et qui désigne le lieu où les significations des actes de procédure peuvent se faire (n° 66).

De ce que la loi dit, le domicile de tout *Français*, il ne faut pas conclure que les étrangers ne peuvent pas avoir de domicile en France. S'ils y ont leur principal établissement, ils se trouvent dans les termes de la loi, et la nécessité pour eux d'avoir un domicile est la même que pour les Français. Si la loi ne parle que des Français, c'est que l'article 102 fait une distinction entre le domicile politique et le domicile civil, distinction qui ne peut s'appliquer qu'aux Français (n° 68).

96. Le domicile est attaché au *principal établissement*. On entend par établissement, en cette matière, les liens de famille, d'intérêt, de fonctions qui obligent une personne à habiter tel lieu plutôt qu'un autre. L'établissement doit être principal; de là suit que l'on ne peut avoir qu'un seul domicile réel, car entre plusieurs établissements, il n'y en a qu'un seul que l'on puisse qualifier de principal (n° 69).

Quant aux autres établissements, ils forment de simples résidences. Il y a une grande différence entre la résidence et le domicile. La résidence est de fait et le domicile est de droit. Le mineur a son domicile chez son tuteur, il peut avoir sa résidence chez le survivant de ses père et mère qui a refusé la tutelle ou qui s'est fait excuser. A la différence du domicile, la résidence n'a pas d'effets juridiques, sauf par exception (art. 116, 74) (n° 71).

97. Le code civil suppose qu'il y a un domicile politique différent du domicile réel; il en est ainsi d'après les lois françaises; d'après notre législation, les droits politiques, tels que le droit d'élection, s'exercent au domicile réel (loi du 3 fév. 1831, art. 19). Ce principe donne une nouvelle importance à la matière du domicile.

§ II. *Comment se détermine le domicile.*

Sommaire.

98. Quel est le domicile d'origine de toute personne?
99. Comment change-t-on de domicile?
100. Le domicile s'établit par la loi. Ont un domicile légal : 1° la femme mariée; 2° l'enfant mineur; 3° l'interdit; 4° les fonctionnaires nommés à vie et irrévocables; 5° les gens de service.

98. Pour déterminer le domicile d'une personne, il faut voir d'abord quel était son domicile d'origine. On entend par là le domicile qu'un enfant a en naissant, c'est-à-dire le domicile de son père; il conserve ce domicile jusqu'à ce qu'il soit libre de le changer; s'il ne change pas de domicile, il continuera d'avoir le domicile qu'il avait au moment où il est devenu libre de disposer de sa personne; nous dirons plus loin quel est ce moment. Ainsi l'homme a toujours un domicile certain, c'est le domicile paternel, ou d'origine; et il conserve ce domicile s'il n'est pas prouvé qu'il l'a changé. Cela est de tradition (n°s 73 et 74).

99. Comment peut-on acquérir un nouveau domicile? Régulièrement cela se fait par un acte de volonté. L'article 103 porte que « le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement ». Il faut donc deux conditions : 1° Le fait d'une autre habitation, parce que le domicile exige un établissement; donc celui qui veut changer de domicile doit acquérir un autre établissement, c'est-à-dire transporter ailleurs le siége de ses affaires. 2° Il faut l'intention de transférer son principal établissement à la nouvelle résidence; le fait seul d'une nouvelle habitation ne suffit point, car ce n'est pas l'habitation qui constitue le domicile, c'est le principal établissement (n° 78).

L'intention de changer de domicile peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand celui qui veut changer de domicile en fait la déclaration, tant à la municipalité du lieu qu'il quitte qu'à celle du lieu où il transfère son domicile (art. 104). Il faut donc une double déclaration, parce qu'il y a une double intention, celle d'abandonner le premier domicile, et celle de l'établir ailleurs. L'intention peut être tacite; la preuve de l'intention, dit l'article 105, résulte des circonstances. Quelles sont ces circon-

stances? C'est une question de fait. Voici un exemple que l'on donne : une personne aliène les biens qu'elle possède dans une commune, et elle s'établit dans une autre, où elle achète des biens, et où elle exerce son commerce ou son industrie (nº 81).

100. Il y a des cas où le domicile est légal. La loi suppose que celui à qui elle l'attribue y a nécessairement son principal établissement, et partant son domicile.

1° La femme n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Ce sont les termes de l'article 108. Ils impliquent que la femme ne peut pas avoir un autre domicile, quand même elle en manifesterait l'intention. La raison en est que le domicile de la femme est d'ordre public. Aux termes de l'article 214, la femme est obligée d'habiter avec son mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider; la cohabitation est donc une obligation résultant du mariage, la femme ne peut s'en affranchir tant que le mariage dure, à moins qu'elle ne soit séparée de corps. C'est aussi au domicile du mari que se trouve le siége des affaires de la femme, puisqu'elle est sous sa puissance et qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans son autorisation (nº 84). Quand la femme est séparée de corps, l'obligation de cohabiter cesse; elle reste, à la vérité, sous puissance maritale, puisque le mariage subsiste, mais il est de tradition que la femme peut se choisir un nouveau domicile : c'est dans cet esprit que le code doit être interprété (nº 85).

2° L'enfant, en naissant, a pour domicile celui de son père; c'est là qu'il est tenu d'habiter, c'est là qu'est le siége de ses intérêts, parce que son père est administrateur légal de ses biens (art. 374 et 389); enfin, jusqu'à sa majorité ou son émancipation, il est sous puissance paternelle. Tels sont les motifs pour lesquels le mineur non émancipé a son domicile chez ses père et mère (art. 108). Si l'un des père et mère vient à mourir, le domicile du mineur sera chez son tuteur (art. 108); ainsi régulièrement chez le survivant des père et mère. Si le survivant n'était pas tuteur, l'enfant aurait son domicile chez le tuteur, parce que c'est le tuteur qui le représente dans tous les actes civils (art. 450); c'est donc chez lui que se trouve son principal établissement, et cet établissement est légal, donc le domicile est légal. Quand le mineur est émancipé, il peut se choisir un domi-

cile, il n'a plus de domicile légal; dans le système du code, celui qui a la liberté de sa personne a, par cela même, le droit de se choisir un domicile (nos 86 et 87).

3° L'interdit a son domicile chez son tuteur (art. 108), qui le représente dans tous les actes civils, et qui est chargé du soin de sa personne (n° 89).

4° Les fonctionnaires irrévocables et nommés à vie ont leur domicile là où ils doivent exercer leurs fonctions (art. 107) : tels sont les juges et les notaires. Le juge a nécessairement son principal établissement là où il doit pendant toute sa vie remplir ses fonctions. Quant aux notaires, la loi de ventôse (art. 2) porte qu'ils doivent résider dans le lieu qui leur est fixé par le gouvernement, sous peine d'être considérés comme démissionnaires (n° 90).

Les fonctions irrévocables, mais temporaires, telles que les fonctions électives, n'emportent pas de domicile légal, parce que l'intention des représentants n'est pas de se fixer là où ils ne résident que pendant la durée de leur mandat. Quant aux fonctionnaires révocables, ils conservent leur ancien domicile, s'ils n'ont pas manifesté d'intention contraire; la raison en est qu'ils peuvent être déplacés tous les jours. Cela est vrai du moins pour certaines fonctions administratives. Le fonctionnaire amovible reste donc dans le droit commun; il change de résidence, et il ne change de domicile que s'il a l'intention de fixer son principal établissement là où il est appelé à exercer ses fonctions. C'est une question de fait (nos 91-92).

5° Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la même maison (art. 109). La raison en est que là se trouve leur principal et on peut dire leur unique établissement. Il faut : 1° qu'il s'agisse de majeurs; les mineurs ont un domicile légal, qu'il ne leur est pas permis d'abdiquer; 2° que les majeurs *servent* ou *travaillent habituellement;* tels sont les gens de service, les commis, les précepteurs; 3° qu'ils demeurent dans la maison où ils servent : c'est l'élément de fait du domicile, le travail habituel est l'élément intentionnel (nos 96, 97).

§ III. *Effets du domicile.*

Sommaire.

101. Le domicile détermine la compétence en matière personnelle et mobilière.
102. La succession s'ouvre au domicile. C'est au domicile réel que se font les actes extrajudiciaires.

101. L'exercice des droits civils est attaché au domicile (art. 102). Telle est notamment la juridiction. En matière personnelle et mobilière, le demandeur doit traduire le défendeur devant le tribunal du domicile de celui-ci (cod. de proc., art. 59). La loi l'a décidé ainsi pour la commodité de la défense; personne n'étant censé obligé, la présomption est pour le défendeur. Pour la même raison, la loi veut qu'on signifie au domicile du défendeur les assignations et autres exploits d'huissier (cod. de proc. civ., art. 68) (n° 101).

102. Les successions s'ouvrent au domicile du défunt (art. 110). Cette règle est établie en faveur de toutes les parties intéressées. Il s'agit de déterminer devant quel tribunal seront portées les actions qui concernent la liquidation et le partage d'une succession. La loi décide que c'est le tribunal du lieu où était le siége des affaires du défunt; c'est là que se trouvent ses papiers, ses titres et d'ordinaire ses biens.

Ce que la loi dit des successions s'applique à la plupart des actes extrajudiciaires. Nous renvoyons au texte du code, art. 116. 74, 353, 406, 1247, 2018 (n° 102).

CHAPITRE II.

DU DOMICILE D'ÉLECTION.

Sommaire.

103. Le domicile élu est conventionnel ou légal.
104. Quels sont les effets du domicile élu?

103. Il y a des cas où la loi ordonne d'élire un domicile. L'article 176 veut que tout acte d'opposition à un mariage con-

tienne élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré. Le créancier hypothécaire qui prend inscription doit élire domicile dans un lieu de l'arrondissement du bureau (C. c., 2148; loi hyp. belge, 83). Nous reviendrons sur ces dispositions là où est le siége de la matière.

En général, le domicile d'élection est volontaire; l'article 111 permet aux parties contractantes d'élire un domicile autre que leur domicile réel, pour faciliter l'exécution de leurs conventions. C'est la stipulation ordinaire. Les parties peuvent aussi élire domicile en leur domicile réel; cette clause aurait son utilité dans le cas où les parties changeraient de domicile (n° 108).

Le domicile d'élection étant conventionnel, il faut appliquer le principe que l'on stipule pour soi et ses ayants cause; le domicile élu passe donc aux héritiers et à tous ceux qui succèdent aux conventions où il est stipulé (n° 109).

104. L'élection de domicile attribue compétence au juge du domicile élu, et autorise les significations à ce domicile (art. 111). C'est une différence notable entre le domicile réel et le domicile élu. Le premier est général, il est établi pour l'exercice de tous les droits civils; tandis que le second a un objet spécial. Il faut même le spécialiser plus que ne le fait l'article 111; il est établi par contrat, or les parties intéressées peuvent étendre ou restreindre leurs conventions comme elles l'entendent; donc c'est le contrat qui détermine les effets que les parties ont voulu attacher à l'élection de domicile (n° 110).

Du principe que le domicile élu est conventionnel, suit qu'en règle générale il est irrévocable; c'est l'application de la règle établie par l'article 1134. Il faut cependant admettre une modification. L'article 1134, en déclarant que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties contractantes, suppose qu'elles sont faites dans l'intérêt des deux parties. Si le domicile n'est élu que dans l'intérêt de l'une des parties, elle pourra renoncer à une clause qui n'a été stipulée qu'en sa faveur. C'est le droit commun : chacun est libre de renoncer au droit qui lui appartient (n° 112). Quant au domicile d'élection qui est commandé par la loi, les parties intéressées peuvent toujours le changer; tout ce que la loi veut, c'est qu'il y ait un domicile élu au lieu qu'elle indique.

TITRE IV.

DES ABSENTS.

(*Principes de droit civil*, t. II.)

Sommaire.

105. Le mot *absents* a un sens technique en droit; il indique les personnes qui ont disparu de leur domicile, sans donner de leurs nouvelles, ce qui fait qu'il y a incertitude sur leur vie et sur leur mort, et l'incertitude va en croissant, à mesure que cet état de choses se prolonge. Pourquoi la loi s'occupe-t-elle des absents? Avant tout, dans l'intérêt des absents mêmes s'ils sont encore en vie; ils se trouvent dans l'impossibilité de veiller à leurs intérêts; des circonstances imprévues, exceptionnelles les empêchent de donner de leurs nouvelles, à plus forte raison d'administrer leurs biens; la loi doit protection à tous ceux qui ne peuvent pas se protéger eux-mêmes. L'intérêt public demande que les biens des absents ne périssent point, faute de soin et de surveillance. Il y a ensuite l'intérêt des tiers, tels que les créanciers, les associés. Enfin la loi prend en considération l'intérêt des héritiers présomptifs de l'absent; il n'y a jamais présomption de mort, mais il y a une probabilité, dont le législateur tient compte (n° 117).

Les mesures que la loi prescrit varient d'après la durée de l'absence. Elle distingue trois périodes : la présomption d'absence, la déclaration d'absence, suivie de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent, et l'envoi en possession définitif (n°s 119, 120 et 121).

CHAPITRE Ier.

DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

Sommaire.

106. Quand y a-t-il lieu d'intervenir dans l'administration des biens d'une personne présumée absente ?
107. Le tribunal statue sur la demande des parties intéressées. Le ministère public a-t-il le droit d'agir d'office?
108. Quel est l'effet de la présomption d'absence quant aux biens? Quelles mesures le tribunal peut-il ou doit-il prendre?

106. Pendant la première période, la loi se préoccupe exclusivement de l'intérêt de l'absent ; pour mieux dire, il n'y a pas encore d'absence; la personne qui a disparu et qui ne donne pas de ses nouvelles est seulement présumée absente; cela veut dire, comme l'explique l'orateur du gouvernement, qu'il n'y a pas lieu, en général, de prendre des mesures pour l'administration de ses biens. La loi ne permet d'y intervenir que s'il y a nécessité, et ce sont les tribunaux qui décident si cette nécessité existe. Aux termes de l'article 112, le tribunal pourvoit à l'administration des biens des personnes présumées absentes, s'il y a nécessité, et sur la demande des personnes intéressées (nº 119).

Pour que la justice puisse intervenir, il faut d'abord qu'il s'agisse d'un individu présumé absent. La loi ne définit pas l'absence présumée; cela était impossible. Une personne quitte son domicile, on ignore où elle réside : sera-t-elle présumée absente? Non, il faut de plus qu'il y ait un commencement d'incertitude et de doute sur sa vie : c'est d'après les circonstances de chaque espèce que les tribunaux décideront s'il y a lieu de concevoir des craintes sur la vie de celui qui ne donne pas de ses nouvelles, alors que ses intérêts ou ses affections devraient l'engager à en donner (nº 134).

Il faut, en second lieu, pour que la justice puisse intervenir, qu'il y ait nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par la personne présumée absente. La loi ne se contente pas de l'intérêt qu'il y aurait à ce que les biens de l'absent fussent administrés; il y a un autre intérêt, c'est le droit de

l'absent qui ne permet pas que l'on se mêle de ses affaires. Cet intérêt cède devant la nécessité ; dans ce cas, on doit supposer que l'absent veut et consent que les tribunaux interviennent, puisqu'il se trouve dans l'impossibilité d'agir lui-même (n° 135).

La loi exige encore une troisième condition : il faut que la personne présumée absente n'ait pas laissé de procureur fondé. Si elle a donné mandat de gérer ses affaires, il n'y a plus nécessité d'y pourvoir. D'ailleurs quand l'absent a pourvu à ses intérêts, la loi n'a plus le droit d'intervenir; elle respecte sa volonté.

107. C'est le tribunal qui prescrit les mesures nécessaires, sur la demande des parties intéressées. En cette matière, sont parties intéressées tous ceux qui ont un intérêt quelconque à la conservation des biens de l'absent; donc non-seulement les créanciers, les associés, mais encore les héritiers présomptifs : peu importe qu'ils n'aient qu'un intérêt éventuel, car ils ne réclament rien pour eux; ils saisissent le tribunal d'une demande dans l'intérêt de l'absent (n° 137).

La loi donne encore une mission spéciale au ministère public, dans l'intérêt des absents. D'abord il doit être entendu sur toutes les demandes qui les concernent : c'est le droit commun quand il s'agit d'incapables. De plus, la loi le charge spécialement de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes (art. 114), ce qui lui donne le droit d'agir d'office. En principe, il n'a pas ce droit, parce qu'en règle générale les parties elles-mêmes agissent, et les incapables ont un représentant; mais en cas d'absence, il peut ne pas y avoir de parties intéressées, et l'absent n'a point de tuteur; le ministère public devait donc avoir le droit de provoquer les mesures nécessaires (n° 138).

108. Quel est l'effet de la présomption d'absence quant aux biens de l'absent? Le tribunal intervient s'il y a nécessité, et il prescrit les mesures nécessaires. Quand y a-t-il nécessité, et quelles sont les mesures nécessaires? C'est une question de fait et de circonstances. Le tribunal peut nommer un curateur chargé d'administrer tous les biens de l'absent : il peut aussi ne prescrire de mesures que pour certains biens (n° 141).

Il y a un cas dans lequel la loi dit ce que le juge doit faire, Si l'absent est intéressé dans des inventaires, des comptes, des partages, des liquidations, le tribunal commettra un notaire pour

l'y représenter (art. 113). La nomination d'un notaire était indiquée par la nature des choses, puisque la liquidation des successions se fait d'ordinaire par cet officier. Il appartient cependant au juge de déterminer les fonctions du notaire, soit en étendant son action, soit en la limitant; car c'est lui qui détermine ce qui peut ou doit être fait dans l'intérêt de l'absent pendant la présomption d'absence (n° 142).

CHAPITRE II.

DEUXIÈME PÉRIODE DE L'ABSENCE.

§ I. *De la déclaration d'absence,*

Sommaire.

109. Pourquoi la loi prescrit-elle une seconde période de l'absence?
110. Quand l'absence peut-elle être déclarée?
111. Qui peut demander la déclaration d'absence? Quelles sont les formalités prescrites par la loi?

109. Pourquoi y a-t-il une seconde période de l'absence? Pendant la présomption d'absence, la loi n'autorise que les mesures nécessaires, parce qu'elle s'attend d'un jour à l'autre au retour de l'absent. Quand l'absence a duré cinq ou onze ans, d'après les distinctions que nous allons exposer, le retour de l'absent devient de moins en moins probable. Il faut donc organiser une administration régulière. La loi l'appelle provisoire, afin de marquer qu'il s'agit uniquement de conserver le patrimoine de l'absent, soit pour lui s'il revient, soit pour ses héritiers s'il ne vit plus. Elle confie cette administration aux héritiers présomptifs, parce qu'ils ont intérêt à bien gérer un patrimoine qui leur appartiendra si l'absent ne revient pas. Toutefois la loi tient compte des droits de l'époux de l'absent; il peut opter pour la continuation de la communauté; dans ce cas, le conjoint aura l'administration des biens, de préférence aux héritiers; ceux-ci n'ont qu'un droit éventuel, tandis que l'époux a un droit fondé sur un contrat (nos 132 et 120).

110. Il faut avant tout que l'absence soit déclarée par un jugement. Quand l'absence peut-elle être déclarée? L'article 115 porte : « Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence. » La loi suppose, ce qui est le cas général, que la personne a seulement un domicile ou une résidence qui en tient lieu ; si elle avait tout ensemble un domicile et une résidence différente du domicile, il va sans dire qu'elle doit avoir disparu de tous les lieux qu'elle avait coutume d'habiter.

L'article 115 ajoute : « et que depuis quatre ans on n'en aura pas eu de nouvelles ». Cela suppose que l'absent n'a pas laissé de procuration; s'il en a laissé une, la déclaration d'absence ne peut être poursuivie qu'après dix ans révolus depuis sa disparition ou depuis ses dernières nouvelles (art. 121). Celui qui, en s'absentant, donne mandat de gérer ses affaires, est censé avoir prévu une longue absence; tandis que, s'il ne laisse pas de procuration, cela prouve qu'il espérait revenir prochainement, et ne revenant pas, il aurait dû donner de ses nouvelles, et des ordres pour l'administration de ses biens, en attendant son retour (n°s 154 et 155). S'il ne donne aucun ordre, on doit concevoir des doutes sur sa vie ou sa mort plus tôt que dans la première hypothèse.

111. Qui peut demander la déclaration d'absence? L'article 115 répond : les *parties intéressées.* Dans la deuxième période de l'absence, cette expression a un autre sens que dans la première. La déclaration d'absence est le préliminaire de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent; donc tous ceux qui ont le droit de demander l'envoi doivent aussi avoir le droit de provoquer la déclaration d'absence. Ont le droit de demander l'envoi en possession, tous ceux qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès : tels sont les héritiers légitimes, testamentaires et contractuels (n°s 157 et 158). Le conjoint de l'absent peut demander que son absence soit déclarée, soit comme successeur irrégulier (art. 140), soit comme époux commun en biens (art. 124).

Pour constater l'absence, le tribunal doit ordonner une enquête, laquelle fera connaître les causes de l'absence, les raisons qui la peuvent prolonger, les motifs que l'absent a de ne pas

donner de ses nouvelles, les circonstances qui rendent sa mort probable. C'est d'après l'ensemble de ces faits que le juge déclare s'il y a ou non incertitude sur la vie de l'absent. L'enquête se fait contradictoirement avec le procureur du roi (art. 116); il est le défenseur de l'absent, et il doit veiller à ce que l'enquête soit sérieuse.

L'enquête ne lie pas le juge; aux termes de l'article 117, le tribunal, en statuant sur la demande, aura égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu présumé absent. Le juge a, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire qui est dans la force des choses : les mesures qu'il est appelé à ordonner ont pour fondement l'incertitude qui règne sur la vie et la mort de l'absent; or, l'incertitude est un fait vague qui dépend nécessairement de l'appréciation des magistrats (n° 160).

Les jugements, tant préparatoires que définitifs, sont envoyés au ministre de la justice qui les rendra publics (art. 118) par la voie des journaux. La publicité apprendra à l'absent, s'il vit encore, que ses héritiers présomptifs demandent la déclaration d'absence, afin d'obtenir l'envoi en possession provisoire de ses biens; il pourra empêcher l'une et l'autre mesures en donnant de ses nouvelles. C'est dans ce but que la loi veut (art. 119) que le jugement de déclaration d'absence ne soit rendu qu'un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête. Il suit de là que l'absence ne peut être déclarée qu'après cinq ans ou onze ans depuis la disparition, selon qu'il y aura ou non procuration (n° 161).

§ II. *De l'envoi en possession provisoire.*

Sommaire

112. Tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent peuvent demander l'envoi en possession provisoire.
113. Quels biens sont compris dans l'envoi ?
114. Quelles sont les obligations des envoyés provisoires?
115. Les envoyés sont administrateurs. Quels actes peuvent-ils faire à ce titre?
116. Ils ne peuvent disposer des biens de l'absent. Peuvent-ils intenter les actions concernant ses biens?
117. Droits des envoyés sur les revenus des biens de l'absent.

112. L'article 120 porte que les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles,

pourront, en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire de ses biens. On entend par héritiers présomptifs ceux que la loi appelle à la succession; donc les parents dans l'ordre où ils succèdent, et, dans chaque ordre, les plus proches en degré, sauf le bénéfice de représentation (nº 162).

La loi autorise encore (art. 120) à demander l'envoi provisoire ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent : tels sont les légataires et les héritiers contractuels. Ces divers ayants droit peuvent concourir; l'article 123 le suppose, et décide, en conséquence, que les héritiers légitimes seront d'abord envoyés en possession, puis on ouvrira le testament, et l'on mettra en possession provisoire tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Il se peut que les héritiers légitimes soient exclus par un testament ou par un contrat de mariage; dans ce cas, ils ne demanderont pas l'envoi, mais leur inaction ne peut neutraliser les droits des autres parties intéressées, car ces droits sont identiques (nºs 164 et 165).

113. Quels biens sont compris dans l'envoi provisoire? L'article 120 porte que les héritiers présomptifs pourront se faire envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. Ainsi, l'envoi ne comprend pas les droits qui pourraient s'ouvrir au profit de l'absent après sa disparition (nº 166); nous reviendrons plus loin sur ces droits (art. 136).

114. Quel est l'effet de l'envoi provisoire en ce qui concerne les obligations des envoyés? L'article 125 dit que l'envoi provisoire n'est qu'un dépôt; ce qui caractérise le dépôt, c'est qu'il se fait uniquement dans l'intérêt du déposant. Il en est de même de l'envoi provisoire; il est organisé, non dans l'intérêt des envoyés, mais dans celui de l'absent. Voilà pourquoi la loi commence par énumérer les charges qui sont imposées aux envoyés; si elle leur accorde des droits, c'est qu'ils leur sont nécessaires pour leur mission d'administrateurs (nº 168).

Il va sans dire que les envoyés ne sont pas des dépositaires proprement dits; la loi les charge d'administrer les biens de l'absent; ils sont donc des administrateurs, c'est-à-dire des man-

dataires; c'est un mandat judiciaire, puisque c'est le tribunal qui le confère (169).

Les envoyés doivent donner caution pour la sûreté de leur administration (art. 120). C'est une conséquence du principe que l'envoi est organisé dans l'intérêt de l'absent; la loi devait prescrire des garanties qui lui assurent la restitution de ses biens et les dommages-intérêts auxquels il pourra avoir droit contre les envoyés. La caution étant prescrite par la loi, il faut appliquer les articles 2018 et suivants, concernant les qualités que doit réunir la caution légale (n° 170).

L'article 126 établit encore une autre garantie en faveur de l'absent : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur impérial ou d'un juge de paix par lui requis. » L'inventaire est une mesure prescrite par la loi, dans tous les cas où les biens d'une personne sont gérés par un administrateur : le tuteur, l'usufruitier, l'héritier bénéficiaire, les successeurs irréguliers, le mari administrateur sont tenus de faire inventaire. L'envoyé en possession est comptable (art. 125), et l'inventaire est la base du compte qu'il doit rendre (n° 172).

L'article 126 ajoute : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire peuvent requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur impérial. » Le but de cette disposition est de prévenir les contestations qui pourraient s'élever sur l'état des immeubles, dans le cas où ils auraient éprouvé des dégradations, soit avant l'envoi, soit après (n° 173).

115. Quel est l'effet de l'envoi quant aux droits des envoyés? L'article 125 pose le principe que la possession provisoire donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent. Ils ont donc le droit de faire les actes que les administrateurs peuvent faire d'après le droit commun. Tels sont les actes conservatoires : c'est plus qu'un droit, c'est une obligation. Recevoir les capitaux et en donner décharge est un droit qui appartient à tout administrateur. Passer des baux est aussi un acte d'administration; mais, dans la théorie du code civil, ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration ne peuvent pas faire de bail dépassant

neuf ans : ce principe doit recevoir son application aux envoyés. (nos 175 et 176). Quant à la vente des effets mobiliers, la question est très-controversée; le code la tranche, à notre avis, en disposant que le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, la vente de tout ou partie des meubles. La loi ne donne donc pas aux envoyés le droit de vendre; elle charge le tribunal de statuer, dans l'intérêt de l'absent, et cet intérêt pourrait être en opposition avec celui des envoyés : ceux-ci voudraient vendre une collection d'objets d'art, tandis que le droit de l'absent demande qu'on la conserve (no 177). Nous reviendrons ailleurs sur la question de principe. Si le tribunal ordonne la vente, les envoyés doivent faire emploi du prix, afin de conserver le capital à l'absent (no 180).

116. Du principe que les envoyés n'ont qu'un pouvoir d'administration suit qu'ils ne peuvent faire aucun acte de disposition. L'article 125 le dit de l'aliénation des immeubles et des hypothèques. Il a fallu une disposition de notre loi hypothécaire (art. 75) pour permettre aux envoyés d'hypothéquer les biens de l'absent, s'il y a nécessité ou avantage évident à le faire; ils ne peuvent consentir l'hypothèque qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (no 181). On devrait conclure du même principe que les envoyés ne peuvent former aucune action, ni mobilière, ni immobilière, concernant les biens de l'absent; car intenter une action, c'est disposer de la chose qui en fait l'objet. Le code consacre ce principe pour les actions immobilières; il ne permet pas aux administrateurs de les former. Il n'en est pas de même des actions mobilières; le législateur a suivi à cet égard la tradition française, qui attache moins d'importance aux droits mobiliers qu'aux immeubles. Nous reviendrons sur le principe, au titre de la *Tutelle*. Il faut l'appliquer aux envoyés en possession; on leur permet, en conséquence, d'intenter les actions mobilières (no 188).

Quant aux actions passives, l'article 134 porte : « Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens. » Les envoyés sont, sous ce rapport, les représentants de l'absent. Seulement la loi aurait dû exiger qu'ils fussent autorisés à défendre,

puisqu'il peut être de l'intérêt de l'absent de ne pas défendre.

117. L'article 127 donne aux envoyés en possession une certaine partie des fruits. Si l'absent reparaît avant quinze ans révolus depuis sa disparition, ils ne sont tenus de lui rendre que le cinquième des revenus, ils gagnent donc les quatre cinquièmes; s'il ne reparaît qu'après les quinze ans, ils restituent le dixième, et gagnent le neuf dixièmes. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartient. Pourquoi la loi donne-t-elle une quotité aussi considérable des fruits à de simples administrateurs? C'est d'abord pour les engager à accepter l'administration et à bien gérer, donc dans l'intérêt de l'absent. Mais comme le droit aux fruits augmente avec la durée de l'absence, il faut ajouter que la loi tient compte de la probabilité du décès de l'absent, l'incertitude sur sa vie augmentant à mesure que l'on s'éloigne de l'époque de sa disparition, et avec les probabilités du décès, les droits des héritiers présomptifs approchent tous les jours davantage de la certitude. Les envoyés se trouvent donc dans une situation toute spéciale (n[os] 190 et 191).

§ III. *Droits de l'époux présent.*

Sommaire.

118. L'époux commun en biens a le droit d'opter entre la continuation de la communauté et sa dissolution provisoire.

118. La loi (art. 124) donne à l'époux présent, s'il est commun en biens, le droit de maintenir la communauté, ou d'en demander la dissolution provisoire. S'il continue la communauté, il empêche l'exercice de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Quelle est la raison de cette disposition? La communauté est une société universelle entre époux; c'est la conséquence de la communauté de vie, d'affections et d'intérêts que crée le mariage; or, le mariage subsistant malgré l'absence déclarée, il est naturel de maintenir aussi la société de biens qui en est la suite. La loi préfère même le conjoint aux héritiers de l'absent. Pendant la seconde période de l'absence, il ne s'agit encore que d'administrer les biens; il a semblé aux auteurs du code que le meilleur administrateur est le conjoint. D'ailleurs s'il veut administrer lui-même, on ne voit pas de quel

droit les héritiers de l'absent viendraient l'exclure (nº 201). Si l'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté, on procède à la liquidation et au partage, comme nous l'expliquerons au titre du *Contrat de mariage* (nº 215).

CHAPITRE III.

DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF ET DE LA FIN DE L'ABSENCE.

§ I. *De l'envoi définitif.*

Sommaire.

119 Pourquoi l'envoi provisoire fait-il place à l'envoi définitif?
120. Qui peut demander l'envoi définitif? Et qui le prononce?
121. Quel est l'effet de l'envoi définitif?

119. L'envoi en possession définitif a lieu dans deux cas : 1° si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux a pris l'administration des biens de l'absent; 2° s'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (art. 129). Dans la première hypothèse, l'absence aura duré trente-cinq ou quarante et un ans; toutes les probabilités sont pour le décès de l'absent; il en est de même quand cent ans se sont écoulés depuis sa naissance. Ce n'est pas qu'il y ait présomption de mort, la loi ne la présume jamais; mais l'intérêt de la société exige que l'administration provisoire cesse, et que les biens de l'absent rentrent dans le commerce. Il faut donc qu'un état définitif prenne la place de l'état provisoire de la deuxième période. Nous allons voir comment la loi concilie l'intérêt public avec les droits de l'absent (nº 121).

120. Tous les ayants droit peuvent demander l'envoi définitif (art. 129); c'est-à-dire les héritiers présomptifs au jour de la disparition de l'absent, qu'ils aient ou non obtenu l'envoi provisoire (nº 223). La loi ne tient plus aucun compte, dans cette troisième période, des droits de l'époux présent; il est impossible que la communauté continue, puisque c'est un état provisoire, et

l'intérêt public exige que le provisoire ait une fin (n° 201). C'est le tribunal qui prononce l'envoi définitif (art. 129), sans qu'il doive ordonner une enquête.

121. Quel est l'effet de l'envoi définitif? Les envoyés se partagent les biens de l'absent (art. 129), et ils sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers; ils peuvent aliéner, hypothéquer; ces actes seront maintenus, quand même l'absent reviendrait. Mais à l'égard de l'absent, ils ne sont qu'administrateurs, ils ne sont pas propriétaires, car il ne saurait y avoir d'hérédité d'un homme vivant. Si l'absent reparaît, les envoyés doivent lui rendre les biens dans l'état où ils se trouvent; c'est-à-dire que l'absent est tenu de respecter les actes faits par les héritiers, mais ceux-ci devront lui tenir compte du prix des biens vendus (art. 132). Les envoyés gagnent tous les fruits. Ils ne sont plus comptables de leur gestion, et par suite les cautions sont déchargées (n°s 225-229).

§ II. *Fin de l'absence.*

Sommaire.

122. Les effets de l'absence cessent dans toutes les périodes quand l'absent reparaît ou que son existence est prouvée. L'article 131 le dit de l'envoi provisoire, et cela est d'évidence. Il n'y a plus d'absence quand la vie de l'absent est certaine; c'est un propriétaire qui rentre dans l'exercice de ses droits, sauf au tribunal à prescrire, s'il y a lieu, des mesures conservatoires, en attendant que l'absent reprenne la direction de ses intérêts. Il en est de même si l'envoi définitif a été prononcé; mais les rapports entre l'absent et les envoyés diffèrent dans cette hypothèse; l'absent doit respecter les actes faits par les envoyés, puisque ces actes sont valables à l'égard des tiers. Quelle est, dans ce cas, la situation des envoyés à l'égard de l'absent? Ils sont tenus en tant qu'ils se sont enrichis. La loi le dit, quand les biens ont été vendus; les envoyés restituent le prix, parce qu'ils s'en sont enri-

chis; ils ne restituent pas la valeur, si elle est supérieure, parce qu'ils ne s'en enrichissent pas (nos 232 et 233). Quand il y a eu emploi du prix, l'absent prend les biens provenant de l'emploi (art. 132). Pourquoi les biens, dans ce cas, et non le prix? Parce que les envoyés restituent en tant qu'ils se sont enrichis; or, dans l'espèce, ils s'enrichissent des biens (no 236).

123. L'article 133 suppose que les enfants de l'absent reviennent dans la patrie de leur père et trouvent ses biens occupés par des collatéraux. La loi suppose encore que l'absence continue, c'est-à-dire que la vie et la mort de l'absent sont toujours incertaines. Quels seront, dans cet état de choses, les droits des enfants? Ils se présentent comme héritiers présomptifs, et à ce titre ils sont préférés aux collatéraux; le code leur accorde encore une faveur, c'est qu'ils ont trente ans pour agir à partir de l'envoi définitif. Les biens leur sont restitués dans l'état où ils se trouvent, comme nous venons de l'expliquer (nos 238 et 239).

124. L'absence cesse encore par la mort de l'absent; sa succession s'ouvre, dans ce cas, au profit des héritiers les plus proches, lors du décès (art. 130). Si les envoyés ne sont pas les héritiers les plus proches, ils devront faire la restitution des biens; leur droit disparaît devant celui des héritiers véritables. L'action des héritiers est l'action en pétition d'hérédité; ils doivent la former dans les trente ans à partir de l'ouverture de la succession. Il y a seulement une différence quant aux fruits; on applique, sous ce rapport, les principes particuliers à l'absence : les envoyés n'ont droit qu'à la portion des fruits que la loi leur accorde, si l'action des héritiers est intentée pendant l'envoi provisoire (nos 242-244).

CHAPITRE IV.

RÈGLES GÉNÉRALES.

---

§ I. *Du mariage de l'absent.*

Sommaire.

125. Le mariage subsiste. Si l'époux présent contracte une nouvelle union, elle est nulle. Qui peut demander la nullité?

125. L'époux présent ne peut contracter un nouveau mariage, tant que l'absence dure; le mariage ne se dissout que par la mort ou le divorce; le législateur ne pouvait admettre que l'absence entraînât la dissolution du mariage, puisque cette dissolution eût été provisoire, et on ne conçoit pas de dissolution provisoire du mariage. Le mariage que contracterait l'époux présent serait donc nul. Qui peut en demander la nullité ? L'article 139 répond que l'époux absent est seul recevable. Tant que dure l'absence, il y a incertitude sur la vie ou la mort de l'absent; les probabilités sont pour la mort plutôt que pour la vie. Dès lors, il est pour le moins incertain s'il y a bigamie, et partant, il ne saurait y avoir d'action en nullité fondée sur la bigamie. En est-il de même si l'absent reparaît? Oui, à notre avis, la loi est formelle : l'absent seul peut agir. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. Si, en général, la nullité pour cause de bigamie peut être demandée par toute personne intéressée, c'est à raison du scandale qui en résulte. Or, en cas d'absence, le scandale n'existera pas; de fait, l'absent sera considéré comme mort; s'il reparaît, personne ne le connaîtra; s'il se décide à rester dans l'inaction, pourquoi donnerait-on à d'autres le droit d'agir? Ce serait cette action qui ferait naître le scandale (n°s 245-250).

§ II. *Des enfants de l'absent.*

Sommaire.

126. Les articles 141-143 s'appliquent aux deux premières périodes de l'absence.

126. Le dernier chapitre du Titre de l'*Absence* est intitulé : « De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu. » Ces termes généraux embrassent la seconde période de l'absence

aussi bien que la première. C'est la raison pour laquelle les auteurs du code ont placé ces dispositions à la fin du Titre. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Il faut pourvoir au sort des enfants après la déclaration d'absence, aussi bien que pendant la présomption d'absence; et la loi ne contient d'autres dispositions à leur égard que celles des articles 141-143 (n° 219).

L'article 141 prévoit le cas où le père est absent et la mère présente. La loi dispose que la mère aura la surveillance des enfants communs, et qu'elle exercera tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens. Cette surveillance n'est pas une tutelle, car la tutelle ne s'ouvre qu'à la mort. Pendant le mariage, il y a lieu à l'exercice de la puissance paternelle : c'est cette puissance que la mère exerce, le père étant dans l'impossibilité de l'exercer (n° 145).

L'article 142 prévoit le cas où le père a disparu, la mère étant déjà décédée, ou elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée. Dans ce cas la *surveillance* des enfants est déférée par le conseil de famille à un ascendant. Cette *surveillance* est une tutelle; en effet, dès que l'un des père et mère vient à mourir, la tutelle s'ouvre; le père absent est donc tuteur, mais comme il ne peut exercer la tutelle, la loi veut que le conseil de famille la confie provisoirement à un ascendant. S'il n'y a pas d'ascendants, le conseil nomme un tuteur provisoire (n° 148).

La loi prévoit une dernière hypothèse (art. 143) qui, en réalité, se confond avec la seconde. Le père absent avait des enfants d'un mariage précédent; il en avait la tutelle; s'il disparaît, le conseil de famille doit la déférer à un tuteur provisoire (n° 149).

§ III. *Des droits éventuels qui peuvent compéter à un absent.*

Sommaire.

127. Principe et application du principe aux successions.

127. L'article 135 porte : « Quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande. » Cela suppose que le droit vient à s'ouvrir après la disparition de celui qui pourrait le réclamer. S'il vivait au moment

où le droit s'ouvre, il recueille le droit, et ses représentants peuvent l'exercer ; c'est le cas que suppose l'article 113. Mais si, au moment où un droit s'ouvre, celui qui est appelé à le recueillir est absent, il ne peut certes pas agir, et son fondé de pouvoirs ou ses créanciers ne le pourraient pas non plus. La raison en est que le demandeur doit prouver le fondement de sa demande; or, sa demande est fondée sur l'existence de celui au profit duquel on prétend qu'un droit s'est ouvert; si l'ayant droit est absent, il y a incertitude sur sa vie et sur sa mort, il est donc impossible de prouver son existence; par suite, on ne peut réclamer un droit en son nom; ceux qui le feraient devraient être déclarés non recevables. C'est ce que le code appelle « droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent ».

L'article 136 applique le principe au cas le plus usuel. Une succession s'ouvre, à laquelle l'absent serait appelé s'il était en vie. Ses créanciers ou son fondé de pouvoirs ne peuvent pas demander qu'on attribue à l'absent la part qui lui revient en vertu de la loi, puisqu'ils ne peuvent pas prouver que l'absent vivait encore au moment où la succession s'est ouverte (n° 252). Que devient, dans ce cas, la part de l'absent? L'article 136 répond : « La succession sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. » Ils n'ont aucune preuve à faire; l'absent ou ses représentants sont demandeurs, et on les repousse, parce qu'ils ne prouvent pas le fondement de leur demande (n° 255). Ainsi, l'absent est écarté par une fin de non-recevoir, mais il conserve ses droits, de même que ses représentants, si réellement il vivait quand ses droits se sont ouverts; ils pourront les réclamer, tant qu'ils ne sont pas prescrits (art. 137). S'il s'agit d'une succession, ils peuvent intenter l'action en pétition d'hérédité. Si ce sont d'autres droits, ils exercent les actions qui y sont attachées.

L'article 138 ajoute : « Tant que l'absent ne se représentera pas ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits perçus de bonne foi. » C'est l'application à la pétition d'hérédité du principe que le possesseur de bonne foi gagne les fruits. Quant aux principes qui régissent la pétition d'hérédité, nous les exposerons au Titre des *Successions*.

TITRE V.

DU MARIAGE.

Sommaire.

128. Le mariage est un contrat civil, indépendant du sacrement.

128. Le code ne définit pas le mariage. Il est certain que c'est un contrat qui se parfait par le consentement des parties contractantes; l'article 146 le dit : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement. » Le mariage est-il un contrat de droit civil, ou est-ce un sacrement qui appartient au domaine de la religion et de l'Église? Le projet de code civil reproduisait la disposition de la constitution de 1791, ainsi conçue : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. » Elle fut retranchée parce qu'elle consacrait un principe qui était d'évidence, celui de la sécularisation, c'est-à-dire de la prédominance de l'ordre civil sur l'ordre religieux (n° 261). Notre constitution a reproduit le principe de 1791 (*supra*, n° 75). Comme elle consacre, à certains égards, la séparation de l'Église et de l'État, on aurait pu soutenir que le mariage religieux est indépendant du mariage civil. Cette fausse maxime avait été admise, en Belgique, par le législateur, en 1814, et en 1830. Il en était résulté des abus comme on n'en trouve que dans les pays où règnent l'ignorance et le fanatisme, suite fatale de la domination du clergé; les prêtres traitaient, en pleine chaire, le mariage civil d'invention diabolique, et les évêques n'eurent pas honte de favoriser ces excès. Le Congrès national, bien que composé en majorité de catholiques, recula devant les inévitables abus auxquels conduit l'indépendance du mariage religieux. Après un débat solennel, il décida que le mariage civil devait toujours précéder la bénédiction nuptiale (Constitution, art. 16). Le plus grand de tous les abus est celui de la domination de l'Église; elle existe en plein dans nos malheureuses provinces; mais il importe de constater que ce n'est qu'un fait, et que, d'après la Constitution, l'empire appartient, non à l'Église, mais à l'État; c'est ce que proclama, au sein du Congrès, Defacqz, un des rares libéraux qui prévoyaient, en

1830, ce que voulait dire la liberté dans la bouche d'un clergé aussi ambitieux que fanatique; nous transcrivons ses paroles, qui auront plus de poids aux yeux de la postérité que les vaines déclamations des catholiques et des libéraux unionistes du Congrès : « Il faut que tous les cultes soient libres, mais il faut aussi que la loi civile conserve sa force; il faut que la puissance temporelle prime et absorbe en quelque sorte la puissance spirituelle, arce que la loi civile étant faite dans l'intérêt de tous, elle doit l'emporter sur ce qui n'est que l'intérêt de quelques-uns » (n's 260-268).

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS REQUISES POUR POUVOIR CONTRACTER MARIAGE.

---

§ I. *Des conditions requises pour l'existence du mariage.*

Sommaire

129. Nous avons dit plus haut (n° 21) que la doctrine distingue les actes *inexistants* des actes nuls. Les actes nuls, quoique viciés, existent aux yeux de la loi, et ils produisent tous les effets juridiques qui y sont attachés, tant qu'ils n'ont pas été annulés; il faut donc en demander l'annulation en justice, et c'est seulement à partir du jugement qui les annule qu'ils n'existent plus; si l'annulation n'est pas demandée ni prononcée par le juge, les actes nuls produisent les mêmes effets que s'ils étaient valables. Il n'en est pas ainsi des actes inexistants. Ces actes n'ont aucune existence légale, c'est le néant; ils ne produisent aucun effet, sans qu'il soit besoin de les attaquer en justice; logiquement il est même impossible d'en demander l'annulation, car on ne demande pas l'anéantissement du néant.

L'action en nullité, comme toute action, se prescrit, et quand elle est prescrite, l'annulation ne peut plus être demandée. Pour

les actes inexistants, il n'y a pas de prescription ; à quelque époque qu'on veuille s'en prévaloir, celui à qui on les oppose peut toujours les repousser, en disant qu'on lui oppose le néant. Une autre conséquence du même principe est que les actes nuls peuvent être confirmés ; le vice qui les entache donne le droit d'en demander la nullité ; mais celui qui a ce droit y peut renoncer, et s'il y renonce, le vice est effacé, et l'acte devient pleinement valable. La confirmation des actes inexistants, au contraire, ne se conçoit pas ; il n'y a pas d'action en nullité à laquelle on puisse renoncer ; il n'y a pas de vice que l'on puisse effacer : le néant reste toujours le néant (n° 269).

130. La distinction des actes inexistants et des actes nuls reçoit-elle son application au mariage ? A notre avis, oui, quoiqu'elle ne soit pas clairement établie par les textes. Nous reviendrons sur le principe, au titre des *Obligations*. Dans son application aux contrats pécuniaires, il ne souffre guère de doute. Or, le principe est général, il doit donc s'appliquer au mariage, sauf les différences résultant de la nature de ce contrat. Les conditions suivantes sont requises pour que le mariage existe :

1° Les parties contractantes doivent être de sexe différent. Il est inutile d'insister sur cette condition, qui est de pure théorie. Le législateur ne dispose qu'au point de vue de l'utilité générale, c'est-à-dire, dans un intérêt pratique, et les interprètes feraient bien de l'imiter (n° 271).

2° Le consentement des futurs époux. En théorie cela est d'évidence. Le contrat n'est autre chose qu'un concours de consentement ; donc sans consentement il n'y a pas de contrat, pas de lien juridique : c'est le néant. Tel serait le cas où la partie qui déclare consentir se trouve dans l'impossibilité physique de consentir, parce qu'elle est frappée de folie (n° 272). Sur cette condition il y a un texte : « Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement » (art. 142). Dire qu'il n'y a pas de mariage, c'est dire que le mariage n'existe pas aux yeux de la loi, qu'il est inexistant. Cela n'est pas douteux, si l'on s'en tient au texte ; malheureusement la discussion qui a eu lieu au conseil d'État, si l'on s'y attachait, remettrait tout en question. A notre avis, le texte clair l'emporte sur la discussion, qui n'est rien moins que claire (n°s 277 et 278).

3° La présence d'un officier de l'état civil. C'est un cas non prévu par la loi. Mais il y a un principe général qui nous autorise à considérer la célébration du mariage par l'officier de l'état civil comme une condition essentielle pour l'existence du mariage. Dans les contrats solennels, comme nous le dirons au titre des *Obligations*, la solennité est de l'essence de la convention; parce que le consentement qui n'est pas exprimé dans les formes solennelles est censé ne pas exister, et sans consentement il n'y a pas de contrat. Ce principe doit être appliqué au mariage, le plus solennel des contrats. Reste à déterminer ce qui constitue la solennité. Les officiers de l'état civil ont été établis pour présider à la célébration du mariage; ils sont les représentants de la société civile; le mariage doit donc être célébré par eux pour qu'il existe; donné devant tout autre fonctionnaire, le consentement serait inefficace, parce qu'il serait reçu par une personne sans qualité pour prononcer l'union des époux. C'est donc comme s'il n'y avait pas de consentement; partant, il n'y a point de mariage (n° 279).

Telles sont les conditions requises pour que le mariage existe: le législateur n'avait pas besoin de les énumérer, puisqu'elles résultent de la nature même du mariage. Quelles sont les conséquences du mariage inexistant? Nous reviendrons sur cette question quand nous aurons exposé les conditions requises pour la validité du mariage (*infra*, n° 170).

§ II. *Des conditions requises pour la validité du mariage.*

N° I. DE L'AGE.

Sommaire.

131. L'âge est la première condition : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage » (art. 144). Au conseil d'État, le premier consul dit : « On ne devrait permettre le mariage à l'homme qu'à sa majorité, sauf à autoriser une exception pour la femme, parce que son développement physique et moral est plus précoce. » Cela est très-juste, à notre avis. La loi n'a pris en considération

que la puberté. Il y a un autre élément dont il faut tenir compte. A dix-huit ans, l'homme est mineur, incapable du moindre acte juridique, et subitement le mariage l'émancipe : il est reconnu capable de diriger une famille, d'exercer la puissance maritale et la puissance paternelle. Cela n'est pas logique. Les mariages précoces se font le plus souvent par les parents ; et un acte qui décide du bonheur de la vie devrait être l'œuvre de la volonté libre et intelligente de ceux qui se marient (n° 281).

132. Le code civil admet une exception à la règle qu'il porte : « Néanmoins il est loisible à l'empereur d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves » (art. 145). Quels sont ces motifs *graves?* Portalis parle de circonstances impérieuses qui peuvent rendre le mariage nécessaire en dessous de la limite légale ; il fait allusion à la grossesse de la femme âgée de moins de quinze ans. On lit dans une circulaire de 1824 qu'il y a encore cause de dispense si le mariage projeté doit assurer à la personne dispensée un état et des moyens d'existence ; s'il doit mettre ses mœurs à l'abri du danger auquel elle serait exposée (n° 283).

N° II. DU CONSENTEMENT DES FUTURS ÉPOUX.

Sommaire.

133. Quand le mariage est-il inexistant et quand est-il nul pour incapacité de consentir ?
134. Les vices de consentement rendent le mariage nul. Quels sont ces vices ?
135. Quand l'erreur vicie-t-elle le mariage?
136. Quand la violence vicie-t-elle le mariage?

133. Dans la théorie des actes inexistants, le consentement est une condition requise pour que le mariage ait une existence légale. Il suit de là que s'il y a incapacié absolue de consentir, il n'y a point de mariage (*supra*, n° 130). Il y a des incapacités qui peuvent être couvertes ; telle est celle du mineur. La loi permet au mineur de se marier avec le consentement de ses ascendants ou de la famille ; s'il se marie sans ce consentement, son mariage est nul, c'est-à-dire existant, mais annulable. Les interdits sont frappés d'une incapacité absolue, en ce sens que tous actes passés par eux postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit (art. 502) ; ce qui veut dire que la nullité en peut être demandée et que le juge doit la prononcer. A notre avis, cette dis-

position n'est pas applicable au mariage; elle a uniquement pour objet de garantir les intérêts pécuniaires de l'interdit. Quant au mariage, il reste sous l'empire du droit commun ; si, lors de la célébration du mariage, l'interdit était en état d'aliénation, le mariage serait inexistant; s'il se trouvait dans un intervalle lucide, le mariage serait valable. Quant aux personnes placées sous conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou pour prodigalité, elles ne sont incapables que pour les actes déterminés par la loi : or, le mariage n'est pas compris parmi ces actes; partant les prodigues et les faibles d'esprit peuvent se marier (n° 285-288).

134. Il y a des causes qui vicient le consentement, mais qui ne l'empêchent pas d'exister; de sorte que le contrat existe, mais il est annulable. Dans les contrats ordinaires, les vices sont l'erreur, la violence et le dol. Pour le mariage, la loi n'admet pas le dol comme viciant le consentement, et entraînant la nullité du mariage. Le mariage est la base de l'ordre moral et de l'ordre social; le législateur a voulu le mettre à l'abri de la mobilité des passions; il a donc dû écarter des actions fondées sur le dol, en apparence, et qui, en réalité, auraient été inspirées par des espérances déçues et des illusions trompées. Cela prouve que, dans la matière des nullités, la loi se guide par d'autres considérations quand il s'agit d'un contrat au maintien duquel la société est intéressée, que lorsqu'il est question de contrats qui ne mettent en jeu que des intérêts pécuniaires (n° 189).

135. L'erreur est un vice du consentement, en matière de mariage, quand c'est une erreur dans la personne (art. 180). Portalis explique, dans l'Exposé des motifs, ce que l'on entend par là. « Mon intention déclarée, dit-il, était d'épouser telle personne; on me trompe ou je suis trompé par un concours singulier de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul. » Il faut donc qu'il y ait erreur sur l'identité de la personne. On admet encore qu'il y a vice de consentement lorsque l'erreur porte sur la personne civile; nous transcrivons l'arrêt de la cour de cassation qui a consacré cette doctrine, en théorie, car le cas ne s'est jamais présenté : « Le texte et l'esprit de la loi n'admettent la nullité que pour l'erreur qui porte sur l'identité de la personne et par suite de laquelle l'une des parties a épousé une personne

autre que celle à laquelle elle croyait s'unir. » Voici le cas que l'on peut supposer. J'ai l'intention d'épouser Marie, que je n'ai jamais vue; c'est la fille de Paul, l'ami de mon père, les deux familles veulent perpétuer par cette alliance l'affection qui les unit. Une autre Marie se présente devant l'officier de l'état civil, comme étant la fille de Paul, avec laquelle j'ai l'intention de m'unir. Il y a erreur sur la personne civile et non sur la personne physique, mais l'erreur sur la personne civile entraîne une erreur sur l'identité. C'est une erreur dans la personne, comme le veut l'article 180. Toute autre erreur sur les qualités serait inopérante. La cour de cassation a décidé, chambres réunies, que le mariage contracté avec un forçat était valable. C'est la doctrine traditionnelle; elle est en opposition avec les principes qui régissent les contrats pécuniaires; nous venons de dire la raison de cette différence (nos 290-297).

136. La violence vicie le consentement (art. 180). Celui qui consent au mariage sous l'empire de la contrainte consent, malgré la violence, car il se détermine par un acte réfléchi de sa volonté : de deux maux il choisit le moindre. Mais le vrai consentement suppose la liberté; celui dont le consentement n'est pas libre doit donc avoir le droit de demander la nullité du mariage (n° 299). Le code ne définit pas la violence; c'est une question de fait; les articles 1111-1114 ne sont pas applicables en matière de mariage; ils ne concernent que les contrats d'intérêt pécuniaire (n° 303).

N° III. DU CONSENTEMENT DES ASCENDANTS ET DE LA FAMILLE.

Sommaire.

137. Jusqu'à quel âge l'enfant a-t-il besoin du consentement de ses père et mère?
138. Quand y a-t-il lieu au consentement des ascendants, et dans quel ordre se donne-t-il?
139. Comment les ascendants doivent-ils donner leur consentement?
140. Des actes respectueux que l'enfant doit faire à ses ascendants quand il a atteint l'âge de 21 ou de 25 ans.
141. Quand le conseil de famille est-il appelé à consentir au mariage?
142. Qui doit consentir au mariage des enfanis naturels?
143. Sanction de ces dispositions.

137. « Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans

accomplis ne peuvent contracter mariage sans le consentement des père et mère » (art. 148). La loi permet le mariage aux mineurs âgés de quinze ou de dix-huit ans, mais comme ils sont encore incapables des actes de la vie civile, leur incapacité doit être couverte par le consentement des père et mère. L'incapacité est même prolongée pour les fils de famille ; majeurs, et capables pour tous les actes, ils restent incapables pour le mariage. La raison en est que le mariage est le plus important des actes, et aussi celui où la passion aveugle a le plus d'empire. L'affection des ascendants, l'intérêt moral qu'ils ont au mariage de leurs enfants leur donnent le droit naturel d'accorder ou de refuser leur consentement à une union qui peut faire le bonheur ou le malheur de ceux auxquels ils tiennent plus qu'à la vie. Si la loi se contente de la majorité ordinaire pour les filles, c'est qu'elles se marient plus jeunes, et qu'une opposition trop prolongée pourrait empêcher leur établissement (n° 311).

Les père et mère doivent consentir. C'est seulement au cas de dissentiment que le consentement du père suffit (art. 148). Entre les deux associés qui sont en désaccord, la loi devait se décider pour celui qui exerce la puissance paternelle et la puissance maritale (n° 312).

« Si l'un des père et mère est mort, ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit » (art. 149). Il y a impossibilité de manifester sa volonté quand l'un des père et mère est absent, dans le sens légal du mot (n° 313) ou frappé d'aliénation mentale (n° 314).

138. « Si le père et la mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent » (art. 150). Dans le langage du code, on entend par *aïeuls* et *aïeules* tous les ascendants (art. 173 et 174), ce qui est conforme à l'esprit de la loi. Le consentement des ascendants est requis à cause du respect que l'enfant leur doit, et à raison de l'intérêt moral qu'ils ont dans le mariage de leur descendant; il n'y a donc aucune distinction à faire entre les ascendants selon qu'ils sont plus ou moins éloignés en degrés. Mais la loi établit des règles pour déterminer l'ordre dans lequel ils sont appelés à consentir (n° 316).

S'il n'y a d'ascendants que dans une ligne, c'est le plus proche

qui doit consentir. Cela est fondé sur un argument d'analogie. Les ascendants ne sont appelés qu'à défaut des père et mère. C'est donc la proximité de degré qui est décisive ; si elle l'est pour le premier degré, elle doit l'être pour le second. S'il y a un aïeul et une aïeule du même degré dans une seule ligne, ils doivent consentir l'un et l'autre ; en cas de dissentiment, le consentement de l'aïeul l'emporte, toujours par analogie de ce qui se fait pour les père et mère : ici la loi le dit.

S'il y a des ascendants dans les deux lignes, et s'ils sont égaux en degré, chaque ligne est appelée à consentir; le dissentiment entre les deux lignes vaut consentement. On procède de même s'il y a des ascendants à des degrés inégaux dans les deux lignes; la loi ne dit pas que les plus proches en degré l'emportent sur ceux qui sont plus éloignés (n° 317).

139. Comment les ascendants doivent-ils donner leur consentement? Quand les ascendants assistent au mariage, ils donnent leur consentement en présence de l'officier de l'état civil, qui le constate dans l'acte qu'il dresse. Si l'ascendant ne peut ou ne veut assister au mariage, il doit consentir par acte authentique. L'article 73 détermine les mentions que doit contenir cet acte; il suppose l'authenticité plutôt qu'il ne la prescrit; mais les principes et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute. En effet, l'acte de consentement remplace le consentement oral devant l'officier public, or ce consentement est un acte solennel, donc l'acte doit aussi être solennel. Tout en matière de mariage est solennel, parce que le mariage intéresse la société entière (n° 319).

140. Quand l'enfant a atteint l'âge de vingt et un ans ou de vingt-cinq ans, le consentement n'est plus requis pour la validité du mariage; mais la loi veut qu'avant de se marier, il demande le conseil de ses ascendants, par un acte que la loi qualifie de respectueux, parce qu'il doit être rédigé dans des sentiments de respect. Le conseil n'est demandé que lorsque les ascendants refusent de consentir. Leur résistance est brisée par l'acte respectueux. Toutefois ce n'est pas une formalité inutile; le plus souvent l'enfant s'arrêtera devant le refus de ses parents; en tout cas, la nécessité des actes respectueux le force à réfléchir. De plus, la loi charge le notaire, c'est-à-dire l'ami de la famille, le dépositaire de ses intérêts et le confident de ses secrets, de signi-

fier l'acte respectueux : c'est lui donner la mission de concilier les parties et de rétablir la paix (n° 323).

Le conseil doit être demandé à ceux qui sont appelés à consentir, donc aux père et mère, et, si les parents sont dans l'impossibilité de consentir ou décédés, aux aïeuls et aïeules. Si l'ascendant à qui devrait être fait l'acte respectueux est absent, on procède comme le veut l'article 155, auquel nous renvoyons (n° 325).

Les actes respectueux doivent être faits trois fois, par les fils âgés de plus de vingt-cinq ans et de moins de trente, et par les filles âgées de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq. Après trente ou vingt-cinq ans, il ne faut plus qu'un seul acte respectueux (art. 152 et 153). Le renouvellement a lieu de mois en mois, et le mariage ne peut être célébré qu'un mois après le troisième acte. La loi a dû concilier le respect dû aux ascendants et le droit de l'enfant; elle prescrit plusieurs actes avant l'âge de vingt-cinq ou de trente ans, afin de donner aux parties intéressées le temps de réfléchir et de s'expliquer; mais le renouvellement se fait dans de brefs délais, afin de ne pas entraver trop longtemps le droit de l'enfant. A mesure que les enfants avancent en âge, le danger des passions est moins à craindre, voilà pourquoi, après vingt-cinq ou trente ans, il peut être passé outre à la célébration du mariage, après un seul acte respectueux (n° 327).

141. Nous avons supposé jusqu'ici que l'enfant a des ascendants. La loi (art. 160) prévoit le cas où l'enfant n'a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, et le cas où les ascendants se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté; elle dispose que les fils ou filles mineurs de vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille. Pour les filles, c'est le droit commun, puisque à l'âge de vingt et un ans elles sont capables de se marier sans consentement. Pour les fils, la loi revient à la majorité ordinaire, quand il n'y a pas d'ascendants : la raison en est que l'enfant ne doit pas aux collatéraux le respect qu'il doit à ses ascendants, et les collatéraux n'ont pas l'intérêt moral que les ascendants ont au mariage de leur descendant (n° 343).

142. L'enfant naturel a besoin du consentement de ses parents

aussi bien que l'enfant légitime : c'est une mesure de protection pour l'enfant qui se marie; or, tout enfant a droit à être guidé et conseillé dans l'acte le plus important de sa vie. Tel est l'objet de l'article 258 : « Les dispositions contenues aux articles 148 et 149, et les dispositions des articles 151, 152, 153, 154 et 155, relatives à l'acte respectueux qui doit être fait aux père et mère, dans le cas prévu par ces articles, sont applicables aux enfants naturels légalement reconnus. » La loi ne mentionne pas l'article 150, qui exige le consentement des aïeuls et aïeules. C'est que les enfants naturels n'ont pas d'ascendants autres que les père et mère qui les ont reconnus (n° 341).

L'article 158 ne parle que des enfants naturels légalement reconnus. S'ils ne sont pas reconnus, ils n'ont pas de filiation et, par suite, ils sont dans l'impossibilité de demander le consentement ou le conseil de leurs parents. La loi leur donne, dans ce cas, un protecteur spécial : aux termes de l'article 159, « l'enfant naturel qui n'a point été reconnu, et celui qui, après l'avoir été, a perdu ses père et mère, ou dont les père et mère ne peuvent manifester leur volonté, ne pourra, avant l'âge de vingt et un ans révolus, se marier qu'après avoir obtenu le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui lui sera nommé. » On appelle tuteur *ad hoc,* celui qui est nommé dans l'intérêt d'un incapable, et pour une affaire spéciale.

143. Les dispositions qui exigent le consentement des ascendants ou de la famille ont une double sanction. Si le mariage a été célébré sans que le consentement ait été donné, il y a nullité. Il y a de plus une sanction pénale (art. 156).

Si les actes respectueux n'ont pas été faits, l'officier de l'état civil ne peut pas procéder à la célébration du mariage. C'est un empêchement prohibitif, le mariage ne pourra pas être célébré; mais s'il l'a été, il n'est pas nul; la loi n'établit, dans ce cas, qu'une sanction pénale (art. 157).

Les articles 156 et 157 du code civil ont été remplacés par les articles 264 et 265 du code pénal belge, auquel nous renvoyons (n° 345).

§ III. *Des empêchements au mariage.*

Sommaire.

144. Il y a des empêchements qui portent obstacle à ce que le mariage soit contracté, et qui donnent le droit de former opposition à ce qu'il soit célébré; mais si l'officier de l'état civil procédait à la célébration, le mariage ne pourrait pas être attaqué : on les appelle *prohibitifs*. Il y a d'autres empêchements qui sont tout ensemble un obstacle à la célébration et une cause d'annulation : on les appelle *dirimants*. Ces dénominations viennent du droit canonique; le code ne s'en sert point (n° 346).

N° 1. DE LA PARENTÉ ET DE L'ALLIANCE.

Sommaire.

145. La parenté est un lien qui unit deux personnes par des rapports dérivant de la nature ou de la loi. On la divise en parenté naturelle, civile et mixte.

La parenté *naturelle* unit les enfants naturels et leurs descendants à leurs père et mère. Pour que ce lien soit légal, et produise des empêchements au mariage, il faut que l'enfant naturel soit reconnu; s'il n'est pas reconnu, il n'a pas de filiation, partant pas de famille, pas de parenté. Il y a des enfants naturels qui ne peuvent pas être reconnus, ce sont les enfants adultérins nés du commerce de deux personnes dont l'une au moins est mariée, et les enfants incestueux, nés du commerce de deux personnes, qui ne pourraient se marier parce qu'elles sont parentes ou alliées au degré prohibé par la loi (n° 350). En règle générale, la parenté naturelle ne s'étend pas aux parents des père et mère; la loi fait exception à ce principe en matière de mariage, pour des motifs d'honnêteté et de moralité publiques.

La parenté *civile* résulte de l'adoption; elle est l'ouvrage de la loi seule Il n'y a de parenté qu'entre l'adoptant, l'adopté et les descen-

dants de celui-ci; elle ne s'étend pas aux parents de l'adoptant.

On appelle parenté *mixte* ou *légitime* celle qui naît du mariage, et qui est tout ensemble naturelle et civile; elle existe entre les enfants, leurs père et mère et tous les parents de ces derniers (n° 347).

La parenté n'est un empêchement au mariage que jusqu'à un certain degré, quand il s'agit de parents collatéraux, tandis qu'elle est un empêchement pour tous les parents en ligne directe. De là la nécessité de distinguer entre les degrés et les lignes. Le code définit les degrés et les lignes, et il explique comment on compte les degrés en ligne directe et en ligne collatérale (art. 735-738); nous y reviendrons au titre des *Successions* (n° 348).

146. L'alliance est le lien qui unit l'un des époux aux parents de son conjoint. Il n'y a pas, à proprement parler, de degrés ni de lignes dans l'alliance, puisque les degrés résultent de la génération, ainsi que les lignes, et entre alliés il n'y a pas de génération. On applique cependant la distinction des degrés et des lignes à l'alliance, puisque le mariage est prohibé entre certains alliés. Comme l'alliance dérive de la parenté et en est pour ainsi dire l'image, on a étendu aux alliés les principes qui régissent les parents. Il y a une alliance naturelle et une alliance légitime; celle-ci découle du mariage et de la parenté légitime, la première résulte de la parenté naturelle. Si mon père naturel se marie, sa femme sera mon alliée naturelle et il y aura empêchement au mariage (n° 349).

147. « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne » (art. 161). « Dans tous les temps, dit Portalis, le mariage a été prohibé entre les enfants et les auteurs de leurs jours; il bouleverserait entre eux tous les droits et tous les devoirs : il ferait horreur. »

La prohibition s'applique à la parenté naturelle, à tous les degrés. En principe, les enfants naturels ne sont pas dans la famille de leurs père et mère; il n'y a de lien légal qu'entre eux et ceux quiles ont reconnus. En matière de mariage, la loi étend la parenté naturelle à tous les degrés, parce qu'elle considère les liens que crée le sang et non les liens que crée le mariage; les motifs de morale et d'honnêteté publique sont les mêmes pour prohiber le mariage (n° 354).

148. « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré » (art. 162). « La famille, dit Portalis, est le sanctuaire des mœurs : c'est là que l'on doit éviter tout ce qui peut les corrompre. Le mariage n'est sans doute pas une corruption, mais l'espérance du mariage entre des êtres qui vivent sous le même toit, et qui sont déjà invités par tant de motifs à se rapprocher et à s'unir, pourrait allumer des désirs criminels et entraîner des désordres qui souilleraient la maison paternelle et en banniraient l'innocence. » Ces motifs ont fait étendre la prohibition à l'alliance et à la parenté naturelle (n° 355).

« Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu » (art. 163). Pothier donne comme motif que l'oncle tient lieu de père à sa nièce, et la tante de mère à son neveu. La loi n'étend pas la prohibition à la parenté naturelle ni à l'alliance, sans doute parce que l'honnêteté publique y est moins intéressée (n° 356).

Le code permet à l'empereur de lever, pour des causes graves, la prohibition établie pour le mariage entre oncle et nièce, tante et neveu. La loi du 28 février 1831 donne le même droit au roi pour le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Mais cette dispense ne peut être accordée que lorsque le mariage est dissous par la mort naturelle des époux, elle ne peut pas l'être en cas de divorce : il ne faut pas que l'espérance du mariage favorise de mauvaises passions. Dans tous les cas de dispense, la loi exige des causes graves. On lit dans une circulaire ministérielle : « Trop souvent on a cru pouvoir invoquer comme un titre l'existence antérieure d'un commerce scandaleux ; la faveur accordée à de pareils motifs serait un encouragement donné à la corruption... Les circonstances qui méritent d'être prises en considération sont surtout celles qui doivent rendre les mariages profitables aux familles. Il faut placer en première ligne l'intérêt des enfants » (n° 358).

149. La parenté civile produit aussi des empêchements au mariage. « Il est prohibé entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; entre les enfants adoptifs du même individu; entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté »

(art. 348). Il n'y a de parenté civile qu'entre l'adoptant et l'adopté. La loi étend donc la parenté, en matière d'adoption comme en matière de parenté naturelle, par des motifs de moralité : il serait à craindre que la vie commune ne fît naître des relations coupables, si ceux qui vivent ensemble pouvaient espérer de les couvrir par le mariage (n° 359).

N° 2. MARIAGE PRÉEXISTANT.

Sommaire.

150. C'est un empêchement d'ordre public qui domine la loi religieuse.

150. « On ne peut contracter un nouveau mariage avant la dissolution du premier » (art. 147). La polygamie, dit Portalis, est contraire à l'essence même d'un contrat par lequel deux époux se donnent tout, le corps et le cœur. Elle dégrade la femme et vicie la moralité dans sa source. C'est la cause de l'irremédiable infériorité des peuples mahométans. La prohibition est sanctionnée par le code pénal; c'est donc une loi d'ordre public qui domine la loi religieuse, et elle témoigne aussi pour la supériorité de la loi civile dans le domaine de la morale. Une loi, prétenduement révélée, celle des juifs, autorise la polygamie. Dieu aurait donc légitimé ce que la nature condamne (n°s 360 et 361)!

N° 3. DE LA FEMME VEUVE OU DIVORCÉE.

Sommaire.

151. Motif de la prohibition et sanction.

151. « La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent » (art. 228). Cet empêchement est particulier à la femme; le mari peut se remarier immédiatement après la dissolution de son mariage. Il y a des raisons particulières à la femme qui motivent la prohibition établie par l'article 228. Le législateur a voulu éviter ce que l'on appelle la *confusion de part*. Si une femme se remariait aussitôt après la mort de son mari et qu'elle accouchât après les 180 jours et avant les 300 jours de la dissolution du mariage, l'enfant pourrait légalement appartenir au premier mari ou au second : c'est la conséquence des présomptions établies par le code sur la durée de la grossesse. Il en résulterait

que la filiation de l'enfant serait incertaine. Pour prévenir cette incertitude et les difficultés auxquelles elle donne lieu, la loi défend le mariage jusqu'à ce que les 300 jours soient écoulés (n° 363). L'empêchement n'est que prohibitif, il n'a d'autre sanction que la peine qui frappe l'officier de l'état civil quand il célèbre le mariage avant le terme prescrit (C. p., art. 264).

N° 4. EMPÊCHEMENTS RÉSULTANT DU DIVORCE.

Sommaire.

152. Quels sont ces empêchements?

152. 1° Les époux divorcés pour quelque cause que ce soit ne peuvent plus se réunir (art. 295). 2° Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce (art. 297). 3° Dans le cas de divorce pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298); ces empêchements ne sont que prohibitifs : nous y reviendrons.

N° 5. EMPÊCHEMENTS RÉSULTANT DU SERVICE MILITAIRE.

Sommaire.

153. Quels sont ces empêchements ?

153. Un décret du 16 juin 1808 porte que les officiers ne peuvent se marier qu'après en avoir obtenu la permission du ministre de la guerre. Les sous-officiers et les soldats doivent obtenir la permission de leurs chefs de corps (arrêté-loi du 16 février 1814). Aux termes de la loi belge du 8 janvier 1817, ceux qui veulent contracter mariage doivent prouver qu'ils ont satisfait aux lois sur la milice (art. 197); cette disposition est sanctionnée par le code pénal (art. 164).

N° VI. LA PRÊTRISE CONSTITUE-T-ELLE UN EMPÊCHEMENT?

Sommaire.

154. La négative résulte de la constitution belge.

154. Cette question, vivement controversée en France, n'en est plus une en Belgique. D'après notre constitution (art. 16), l'État n'a pas le droit d'intervenir dans la nomination ni dans l'in-

stallation des ministres du culte; c'est dire qu'aux yeux de la loi il n'y a plus de ministres du culte; les prêtres ne sont plus que des individus, comme on l'a dit au Congrès. Dès lors la prêtrise n'est plus un empêchement au mariage. De fait, les prêtres se marient en Belgique; il y a parfois opposition à ces mariages, mais les tribunaux en accordent toujours mainlevée (n° 369).

§ III. *Des oppositions au mariage.*

Sommaire.

155. Quel est le fondement du droit d'opposition?
156. Qui peut former opposition?
157. Formalités de l'opposition.
158. Quel est l'effet de l'opposition? L'officier public doit-il toujours surseoir?
159. De la mainlevée de l'opposition.
160. Quand l'opposant peut-il être condamné à des dommages-intérêts?

155. Le code civil accorde à certaines personnes le droit de former opposition au mariage, ce qui veut dire qu'elles peuvent faire défense, par acte d'huissier, à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage. Sur cette opposition, l'officier public doit surseoir à la célébration jusqu'à ce qu'on lui en ait remis la mainlevée. Quels sont les motifs du droit d'opposition?

Il y a un motif qui s'applique à tous ceux qui ont le droit de former opposition. Les opposants font connaître à l'officier public les empêchements qui lui défendent de célébrer le mariage. Pour les empêchements prohibitifs, c'est la seule sanction efficace. Pour les empêchements dirimants, il y a la peine de nullité, mais l'annulation du mariage jette le trouble dans les familles, elle compromet l'avenir des époux et surtout celui des enfants; mieux vaut prévenir le mal, car il ne peut jamais être entièrement réparé.

Les ascendants peuvent former opposition, alors même qu'il n'y a aucun empêchement légal. Dans ce cas, le but de l'opposition est d'arrêter le mariage, au moins pendant quelque temps, jusqu'à ce que les tribunaux aient prononcé la mainlevée. La loi donne ce droit aux ascendants, comme un dernier moyen de sauver un enfant qui, égaré par la passion, court à sa ruine; elle suppose, comme elle le doit, que les ascendants agissent toujours par affection pour l'enfant (n° 374).

156. Qui peut former opposition? La loi n'accorde ce droit qu'à certaines personnes, et elle limite les causes pour lesquelles elles peuvent s'opposer au mariage; il n'y a que le droit des ascendants qui soit illimité. Dans l'ancien droit, l'opposition formait une espèce d'action populaire, ouverte au premier venu. Il en résultait de graves abus. La cupidité poussait les uns, la méchanceté les autres, à s'opposer à des mariages pour lesquels il n'existait aucun empêchement légal ni moral. Le code a restreint le droit à ceux qui ont un intérêt moral au mariage que leur proche parent se propose de contracter (n° 375).

1° « Le droit de former opposition appartient à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes » (art. 172). L'époux a son titre à défendre, et en le faisant, il prévient un crime honteux, la bigamie (n° 376).

2° « Le père et, à défaut du père, la mère, et à défaut de père et mère, les aïeuls et aïeules, peuvent former opposition au mariage de leurs enfants et descendants, encore que ceux-ci aient vingt-cinq ans accomplis » (art. 173).

La loi veut que les ascendants exercent leur droit graduellement, de sorte que la mère ne peut former opposition que lorsque le père est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté. On suppose que si le père garde le silence, il n'y a pas de motif sérieux d'opposition; c'est le père qui exerce la puissance paternelle, son consentement suffit, en cas de refus de la mère, donc son silence est décisif. Si les père et mère vivent et ne forment pas opposition, les aïeuls ne peuvent pas agir; la loi suppose qu'il n'y a pas de motif d'opposition quand les ascendants les plus proches approuvent le mariage par leur silence (n°s 377 et 378).

3° « A défaut d'aucun ascendant, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains, majeurs, peuvent former opposition » (art. 174). S'il y a des ascendants, et qu'ils n'agissent point, les collatéraux sont sans droit. Le silence des ascendants fait supposer qu'il n'y a pas d'empêchement au mariage. Les opposants doivent être majeurs, tel est le droit commun; ce n'est qu'à la majorité que la loi permet l'exercice des droits civils. Du reste les collatéraux peuvent exercer leur droit concurremment; leur situation est égale, et leur droit est limité

à certaines causes : lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, et lorsque le futur époux est en état de démence. Cette dernière cause pouvait donner lieu à des abus : les collatéraux sont toujours disposés à accuser de folie un vieux parent qui en se mariant les prive des espérances qu'ils fondaient sur son hérédité. Pour prévenir ces oppositions vexatoires, l'article 174 veut que l'opposant provoque l'interdiction et y fasse statuer dans le délai qui sera fixé par le jugement. De plus, la loi dit que le tribunal pourra prononcer mainlevée pure et simple de l'opposition (n[os] 381 et 382.

4° Quand le futur époux est mineur ou interdit, le tuteur et le curateur peuvent former opposition, avec l'autorisation du conseil de famille, pour les deux causes prévues par l'article 174 (art. 175). Le tuteur et le curateur ne peuvent pas agir de leur propre chef, parce qu'ils ne sont pas appelés à consentir au mariage ; c'est le conseil de famille qui consent, c'est aussi lui qui forme opposition, en autorisant le tuteur ou le curateur à la faire. Cette opposition ne peut avoir lieu que dans le cas où le mineur ou l'interdit n'ont pas obtenu le consentement du conseil de famille, et dans le cas où ils sont frappés d'aliénation mentale, ce qui est toujours le cas pour l'interdit, puisque l'interdiction est prononcée pour cause d'imbécillité, de démence ou de fureur (n[os] 385 et 386).

157. L'article 176 détermine les formes dans lesquelles l'opposition doit être faite : « Tout acte d'opposition énoncera la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former ; il contiendra élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré ; il devra également, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les motifs de l'opposition ; le tout à peine de nullité et de l'interdiction de l'officier ministériel (l'huissier), qui aurait signé l'acte contenant opposition. » La loi veut une élection de domicile, parce que l'opposition est régulièrement suivie d'une demande en mainlevée ; cette action est portée devant le tribunal du lieu où le mariage doit être célébré ; il faut, par conséquent, que l'opposant y ait un domicile. Dans l'esprit de la loi, le débat doit être promptement vidé parce que la société est intéressée à ce que le mariage soit célébré, dès qu'il n'y a pas d'empêchement légal ; en conséquence, elle veut que les époux puissent de suite, et sans

se déplacer, demander la mainlevée de l'opposition (n° 391).

Aux termes de l'article 66, l'acte d'opposition doit être signé sur l'original et sur la copie par l'opposant ou par son fondé de procuration spéciale et authentique. Cette formalité a pour objet de prévenir des oppositions illégales. L'huissier peut ne pas connaître l'opposant; si celui-ci ne devait pas signer, il pourrait prendre une qualité qu'il n'a point; sa signature engagera sa responsabilité, ce qui l'empêchera d'agir s'il n'en a pas le droit (n° 393).

L'article 66 veut encore que l'acte d'opposition soit signifié à la personne ou au domicile des parties, ainsi qu'à l'officier de l'état civil. Un exploit non signifié n'existe point, et par conséquent ne peut produire aucun effet (n° 394).

L'article 66 ajoute que l'officier de l'état civil doit mettre son *visa* sur l'original, afin qu'il soit prouvé que réellement une opposition a été signifiée à l'officier public. Celui-ci doit faire mention, sans délai, des oppositions sur le registre des publications (art. 67). C'est une mesure d'ordre qui constate le fait de l'opposition, et empêche l'officier de l'état civil de passer outre à la célébration du mariage (n° 395).

158. Quel est l'effet de l'opposition? L'officier de l'état civil doit-il toujours surseoir à la célébration du mariage? L'article 68 porte : « En cas d'opposition, l'officier de l'état civil ne pourra célébrer le mariage avant qu'on ne lui en ait remis la mainlevée, sous peine de 300 francs d'amende et de tous dommages-intérêts. » Faut-il conclure de là que l'officier public doit surseoir, alors même que l'opposition serait illégale? Ce serait donner au premier venu le droit de former opposition, ce que les auteurs du code n'ont pas voulu. Il faut donc nécessairement distinguer. L'opposition doit émaner de celui qui a qualité de la faire, sinon l'opposition est inexistante, et l'officier public n'en doit tenir aucun compte. Il faut encore que l'opposition soit faite par acte d'huissier, car c'est un acte solennel; par conséquent la solennité est de la substance de l'acte. Quant aux motifs de l'opposition, ils sont également de l'essence de l'opposition, si celle-ci est faite par un collatéral ou par le tuteur, au nom du conseil de famille, car leur droit est limité à deux causes; hors de ces cas ils sont sans qualité, partant leur opposition est inexistante. Dès que

l'opposition a une existence légale, l'officier public doit surseoir; il n'est pas juge de la légitimité de l'opposition (n° 396).

159. C'est le tribunal qui en doit donner mainlevée si elle n'est point fondée (n° 396), c'est-à-dire s'il n'y a pas d'empêchement légal au mariage. Il en est même ainsi de l'opposition des ascendants; ils peuvent arrêter le mariage, ils ne peuvent pas le rendre impossible, alors que la loi le permet (n° 399).

Le tribunal doit prononcer dans les dix jours sur la demande en mainlevée (art. 177) et s'il y a appel, il y sera statué dans les dix jours de la citation (art. 178). Ces dispositions ont pour but de garantir le droit de ceux qui veulent contracter mariage. Y a-t-il un empêchement légal, le mariage doit être arrêté, mais s'il n'y en a pas, c'est un droit pour les parties intéressées de s'unir, et la loi doit veiller à ce que ce droit soit respecté (n° 403).

160. « Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants, pourront être condamnés à des dommages-intérêts » (art. 179). L'opposition peut être méchante, tracassière, imprudente : il suffit qu'il y ait faute de la part de l'opposant pour que le tribunal puisse le condamner à des dommages-intérêts, car par son opposition il a lésé un droit. C'est au juge d'apprécier s'il y a faute, et s'il y a dommage. La loi fait exception pour les ascendants; ils ont le droit de former opposition, quand même il n'y aurait point d'empêchement légal; et l'on ne peut pas supposer que leur opposition soit inspirée par de mauvais sentiments (n° 407).

§ IV. *Des formalités prescrites pour la célébration du mariage.*

Sommaire

161. Le mariage est un contrat solennel : il ne suffit pas que les parties consentent, elles doivent consentir dans les formes prescrites par la loi. Ces formes sont-elles toutes substantielles?

Il y en a sans lesquelles le mariage serait inexistant : il est de l'essence du mariage que le consentement des futurs époux soit reçu par un officier de l'état civil et que l'union soit prononcée par lui (*supra*, n° 130). Il y a d'autres formalités, dont l'inobservation rend le mariage nul, c'est la publicité et la compétence de l'officier de l'état civil. Le mariage doit être public, d'abord parce que la publicité empêche les mariages pour lesquels il y aurait un empêchement dirimant, et la société est intéressée à prévenir des unions que la loi interdit et annule. Ensuite la publicité assure la stabilité des mariages : contractés dans un esprit de perpétuité, il importe qu'ils soient célébrés à la face de la société, afin qu'ils soient à l'abri des passions mobiles de l'homme. Enfin le mariage intéresse les tiers, parce qu'il modifie l'état ou les droits des futurs époux. La femme, capable avant de se marier, est frappée d'incapacité juridique après le mariage; tous ceux qui traitent avec elle sont intéressés à connaître ce changement d'état. De son côté, le mari acquiert des droits sur les biens de la femme, et celle-ci a une hypothèque légale sur les immeubles de son conjoint. Les tiers ont intérêt à connaître ces droits et ces charges. De là l'importance de la publicité. Quant à la compétence de l'officier de l'état civil, elle se lie à la publicité, comme nous le dirons plus loin (n°s 409 et 410).

Les autres formalités n'ont pas pour sanction la nullité du mariage; l'annulation produirait plus de mal que n'en produit le maintien du mariage, malgré la violation de la loi. Il y a des formalités que la loi sanctionne par une amende (art. 192 et 193); il y en a qui n'ont aucune sanction pénale (art. 75 et 76). Si l'inobservation d'une formalité cause un préjudice aux parties intéressées, l'officier de l'état civil à qui elle est imputable sera tenu des dommages-intérêts : c'est le droit commun, consacré par les articles 1382 et 1383, nous l'exposerons au titre IV du livre III (n° 411).

162. Où le mariage doit-il être célébré? L'article 74 répond : « Le mariage *sera* célébré dans la commune où l'un des époux aura son *domicile*. » *Sera*, dit la loi ; c'est un commandement, qui ne laisse rien à l'arbitraire des parties. La loi règle tout en cette matière, afin d'entourer le mariage de la plus grande publicité. Elle veut que le mariage soit célébré au *domicile* de l'un des futurs

époux. Quel est ce domicile? Est-ce le domicile général de l'article 102? L'article 74 répond à notre question : « Ce domicile, *quant au mariage*, s'établira par six mois *d'habitation* continue dans la même commune. » Il y a donc un domicile *quant au mariage*, ce qui indique un domicile *spécial;* partant, une exception à l'article 102. En effet, l'article 74 dit que ce domicile spécial s'établit par six mois *d'habitation continue*, ainsi par la *résidence*, à la différence du domicile de droit qui peut, à la rigueur, exister sans résidence aucune, et qui, en tout cas, existe, alors même qu'il n'y aurait qu'une résidence d'un jour. La règle établie par l'article 74 est donc celle-ci : le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des époux a une habitation continue de six mois. Pourquoi la loi détermine-t-elle le domicile de mariage par la résidence? Elle a choisi le lieu où les futurs époux sont connus, parce que le mariage n'est réellement public que s'il est célébré là où tous les intéressés connaissent les époux. Des mineurs se marient, ils habitent Gand, tandis qu'ils ont l'un son domicile à Ostende, et l'autre à Verviers, où sont domiciliés leurs tuteurs : où seront-ils connus? où leur mariage sera-t-il public? le sera-t-il s'il est célébré à Ostende ou à Verviers, où personne ne les connaît? Il ne sera public que s'il est célébré là où les futurs époux habitent (n° 412). La question est cependant controversée.

163. Le mariage doit être précédé de publications : « Avant la célébration du mariage, l'officier de l'état civil fera deux publications à huit jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de la maison commune » (art. 63). L'article 64 ajoute qu'il sera dressé acte des publications et qu'un extrait de cet acte sera et restera affiché à la porte de la maison commune, pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication. Ainsi la *publication* est une annonce orale du mariage. En réalité, ces annonces ne se font pas; on se borne à afficher un extrait de l'acte. Cela est tout à fait irrégulier; car l'acte n'est autre chose qu'un écrit constatant la publication; dès lors on ne conçoit pas que l'on dresse un acte, alors qu'il n'y a pas eu de publication.

L'article 63 indique les énonciations que doit contenir la publication. Les actes sont inscrits sur un registre spécial, tenu en simple original, que l'on joint, à la fin de l'année, aux doubles des registres qui sont déposés au greffe.

Où les publications doivent-elles se faire? L'article 165 commence par reproduire la disposition de l'article 74 : Le mariage sera célébré devant l'officier de l'état civil du domicile de l'une des parties, c'est-à-dire du domicile spécial déterminé par l'article 74. Puis l'article 166 ajoute : « Les deux publications ordonnées par l'article 63 seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes aura son *domicile.* » Le mot *domicile,* dans l'article 166, doit avoir le même sens que dans l'article 165; il indique donc l'habitation de six mois, conformément à l'article 74. Cela est en harmonie avec l'esprit de la loi : pourquoi veut-elle que le mariage soit précédé de deux publications? Pour lui donner de la publicité; or, pour atteindre ce but, les publications doivent se faire là où les futurs époux résident, et non là où est leur domicile de droit. Toutefois ils peuvent être connus aussi à ce domicile de droit; voilà pourquoi l'article 167 complète la publicité. « Néanmoins si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile. » Il y aura, en ce cas, doubles publications, dans l'intérêt des tiers intéressés à connaître le mariage (n° 420).

Il peut y avoir lieu à une troisième publication : « Si les parties contractantes, ou l'une d'elles, sont, relativement au mariage, *sous la puissance d'autrui,* les publications seront encore faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent » (art. 168). Les enfants sont sous la *puissance* de leurs ascendants jusqu'à l'âge de 21 ans ou de 25 ans, puisqu'ils ont besoin de leur consentement pour contracter mariage. Les publications doivent donc être faites à la municipalité du lieu où les ascendants ont leur domicile; il va sans dire qu'ici il s'agit du domicile de droit de l'article 102. Après l'âge de 21 ans ou de 25 ans, les enfants ne sont plus sous puissance, quoiqu'ils doivent encore demander conseil; dès lors il ne doit plus y avoir de publications au domicile des ascendants (n°s 421 et 422).

Aux termes de l'article 169, il est loisible à l'empereur, ou aux officiers qu'il préposera à cet effet, de dispenser, pour cause grave, de la deuxième publication. On cite comme cause grave le mariage *in extremis*; le retard pourrait rendre le mariage impossible. Voilà pourquoi l'arrêté du 20 prairial an XI a donné au

procureur impérial le droit de dispenser de la seconde publication ; ce magistrat est sur les lieux et peut accorder la dispense de suite (n° 419).

Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour depuis et non compris celui de la publication (art. 64). Comme celle-ci se fait ou est censée se faire le dimanche, le mariage peut être célébré le mercredi suivant ; s'il y a eu dispense de la deuxième publication, le mariage pourra se faire le troisième jour après la première publication. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année à compter du délai des publications (c'est-à-dire le troisième jour qui suit la seconde publication), il ne pourra plus être célébré qu'après de nouvelles publications (art. 65) : la loi le veut ainsi dans l'intérêt de la publicité du mariage (n° 423).

164. Les futurs époux doivent remettre à l'officier de l'état civil les pièces constatant qu'ils remplissent toutes les conditions prescrites pour pouvoir contracter mariage :

1° L'acte de naissance de chacun des futurs époux (art. 70). Cet acte constate leur âge et leur filiation, deux faits que l'officier public doit connaître, puisqu'il en peut résulter un empêchement dirimant ou prohibitif. Il se peut que les parties soient dans l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance ; la loi permet d'y suppléer par un acte de notoriété délivré par le juge de paix du lieu de naissance ou du domicile. L'article 71 détermine les déclarations que doit contenir l'acte de notoriété, et l'article 72 veut qu'il soit homologué par le tribunal.

2° L'acte authentique constatant le consentement des ascendants ou du conseil de famille, si les parents appelés à consentir n'assistent pas au mariage (art. 73).

3° Le procès-verbal des actes respectueux (art. 157).

4° Une expédition authentique des dispenses d'âge, de parenté ou d'alliance qui auraient été accordées.

5° L'acte constatant le décès du premier conjoint ou le divorce, si le futur époux a été engagé dans les liens d'un mariage antérieur.

6° Les certificats exigés pour les militaires et le certificat constatant que le futur époux a satisfait aux lois sur la milice.

7° L'acte ou le jugement portant mainlevée de l'opposition, s'il en a été formé.

8° Le certificat constatant que les publications ont été faites conformément à la loi, et, s'il y a une dispense, l'acte qui l'accorde (n° 424).

165. Le mariage se célèbre, au jour désigné par les parties, dans la maison commune (art. 75). Quand il y a un motif légitime, quel qu'il soit, le mariage peut être célébré au domicile des parties; tel serait un mariage *in extremis*. Il en serait de même s'il n'y avait pas de maison commune (n° 425).

« Le mariage sera célébré publiquement » (art. 165), c'est-à-dire portes ouvertes, de manière que le public puisse y assister. C'est encore pour donner de la publicité au mariage que la loi exige la présence de quatre témoins (art. 75 et 37).

L'officier de l'état civil donne lecture aux futurs, en présence des témoins, des pièces qu'elles ont dû lui remettre, afin qu'elles sachent que rien ne s'oppose à la validité de leur mariage. Il faut aussi qu'elles connaissent les obligations qu'elles vont contracter; la loi veut que l'officier public fasse lecture aux futurs époux du chapitre VI du titre du *Mariage*, sur les droits et devoirs respectifs des époux.

Enfin l'officier public reçoit de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; puis il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, art. 75 (n° 426).

166. L'article 75 dit que l'officier de l'état civil dressera acte sur-le-champ de la célébration du mariage. Nous renvoyons au texte (art. 76) en ce qui concerne les énonciations que doit contenir cet acte (n° 429). Notre loi hypothécaire a ajouté une énonciation à celles que prescrit l'article 76; elle veut que l'acte énonce « la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues ». Nous reviendrons sur cette disposition au titre du *Contrat de mariage*.

CHAPITRE II.

DE LA NULLITÉ DU MARIAGE.

---

§ I. *Principes généraux.*

Sommaire.

167. La nullité du mariage ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel
168. La nullité ne peut être demandée que par ceux auxquels la loi en accorde le droit. Différence entre les nullités absolues et les nullités relatives.
169. Le mariage nul n'est pas nul de plein droit. *Quid* s'il n'est pas annulé? *Quid* si la nullité en est prononcée?
170. Ces principes ne s'appliquent pas aux mariages inexistants.

167. Il y a deux principes fondamentaux en cette matière : 1° La nullité ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte formel; 2° elle ne peut être demandée que par ceux que la loi y autorise. Le premier principe est spécial au mariage. En général, on admet la nullité, alors même que la loi ne la prononce pas formellement, quand elle résulte de la volonté tacite du législateur. Pourquoi n'y a-t-il pas de nullité dite *virtuelle,* en fait de mariage? La loi consacre un chapitre spécial aux demandes en nullité de mariage; tous les cas de nullité y sont prévus. De là suit que la loi est essentiellement limitative et restrictive : pas de nullité sans texte qui l'établisse en termes formels. Il ne suffit pas qu'une loi soit prohibitive pour que son inobservation entraîne la nullité du mariage; si le texte ne prononce pas la nullité, le juge ne peut pas annuler le mariage. Cela est fondé en raison. L'annulation du mariage produit des inconvénients plus graves que ceux qui résultent de l'annulation des actes pécuniaires : le trouble dans les familles, le sort des enfants compromis, le scandale moral. D'un autre côté, l'autorité dont les lois doivent jouir semble exiger que les mariages contractés au mépris de ses défenses soient annulés. C'est au législateur de peser le mal qui résulte de l'annulation et celui que produit le maintien du mariage; ce qu'il n'a pas fait dans les matières ordinaires, il a voulu le faire pour le mariage, qui est la base de l'ordre social, et quand le législateur a parlé, il ne peut plus être question de nullité virtuelle (n° 430).

168. Qui peut demander la nullité du mariage? D'après le droit commun, la nullité d'un acte peut être demandée par tous ceux qui y sont intéressés, quand la nullité est établie dans un intérêt général; or les nullités de mariage sont essentiellement d'ordre public. Le code s'écarte de ce principe; il prend soin, pour chaque cause de nullité, de déterminer les personnes qui ont le droit de la faire valoir. On doit en conclure que ces dispositions sont limitatives. Il y a de cela une excellente raison : le mariage, dit la cour de cassation, tient trop essentiellement à l'ordre social pour être livré imprudemment à toutes les mauvaises passions (n° 433).

Pour savoir qui peut agir, il faut distinguer si la nullité est absolue ou relative. Le code ne reproduit pas les termes de cette distinction, mais il en consacre les conséquences. La nullité est absolue quand il y a défaut d'âge, bigamie, inceste ou clandestinité; elle est relative quand le consentement des époux était vicié, et quand les ascendants ou la famille n'ont point consenti. Lorsque la nullité est absolue, l'action appartient à toute partie intéressée, tandis qu'elle n'appartient qu'aux époux, aux ascendants ou à la famille, si la nullité est relative. Cette distinction se fonde sur le caractère des causes de nullité. La société est intéressée à ce que le mariage soit rompu quand les époux n'ont point l'âge légal, et bien plus encore en cas de bigamie, qui est un crime, d'inceste, qui est un délit moral, et de clandestinité, qui vicie le mariage dans un élément essentiel, la solennité. Lorsque la nullité est relative, la société est moins intéressée à l'annulation du mariage; il est vrai que le mariage est toujours d'ordre public, mais les conditions du consentement sont aussi d'ordre privé; il en résulte que la nullité a un caractère relatif, qui ne permet d'agir qu'aux parties directement intéressées.

Le caractère absolu ou relatif des nullités a encore d'autres conséquences. En général, les nullités se couvrent par la confirmation de la partie qui a le droit d'agir; mais cela suppose que celui qui a le droit d'agir y peut renoncer; or, on ne renonce qu'à des droits d'intérêt privé. La confirmation ne se conçoit donc que lorsque la nullité est relative, elle est impossible quand la nullité est absolue : on n'efface pas le vice qui consiste dans un crime, ou qui blesse la société. Par la même raison les nullités

relatives sont soumises à la prescription, tandis que l'action est imprescriptible quand la nullité est absolue; on ne prescrit pas contre l'intérêt public, et l'intérêt de la société demande que le mariage qui blesse cet intérêt soit rompu; le mal qui en résulte ne s'efface pas par le temps, donc l'action doit durer toujours (n° 434).

169. Quand on dit qu'un mariage est nul, cela veut dire qu'il peut être annulé; il donne lieu à une demande en nullité, mais il n'est pas nul de plein droit. Il est de principe traditionnel que « nullités de plein droit n'ont lieu ». La nullité n'agit pas de plein droit, parce qu'il faut constater et prouver par conséquent qu'il y a une cause de nullité d'après la loi, et que cette cause existe en fait. Il suit de là que le mariage nul produit tous ses effets tant que le juge n'en a pas prononcé l'annulation; et si la nullité n'est pas demandée ni prononcée, le mariage, quoique nul, produira tous les effets d'un mariage légitime (n°s 435, 436). Mais du moment que le mariage est annulé, il est censé n'avoir jamais existé. C'est le droit commun: l'acte nul ne produit aucun effet. La loi ne peut reconnaître aucun effet à un mariage qui a été contracté au mépris de ses défenses (n° 437). Nous dirons plus loin que le code admet une exception pour le mariage putatif, c'est-à-dire pour le mariage qui a été contracté de bonne foi.

170. Les principes qui régissent la nullité ne s'appliquent pas aux mariages inexistants. Ces mariages ne donnent pas lieu à une action en nullité proprement dite; on ne peut pas demander la nullité du néant. Mais, comme il existe un titre, l'acte célébré par l'officier public, celui à qui ce titre est opposé devra agir en justice, pour qu'il soit déclaré que ce titre n'a point d'existence légale (n° 440). Cette action n'est pas soumise aux règles de l'action en nullité. D'abord on ne peut pas dire que le mariage n'est inexistant que dans les cas formellement prévus par un texte, puisque le code ne consacre pas la théorie des actes inexistants dans des textes formels, comme il le fait pour les mariages nuls (n° 442). En second lieu, l'inexistence du mariage peut être invoquée par tous ceux qui y ont intérêt, il n'y a pas à distinguer entre le caractère absolu ou relatif de la non-existence, le néant a toujours un effet absolu et à l'égard de tous (n° 443). Il n'y a jamais lieu à prescription quand le mariage est inexistant, non

parce que l'inexistence est d'ordre public, mais parce qu'il ne naît pas d'action du néant, et là où il n'y a pas d'action, il ne peut s'agir de prescription (n° 445).

§ II. *Des nullités relatives.*

N° I. VICES DE CONSENTEMENT.

Sommaire.

171. Qui peut demander la nullité? Comment se couvre-t-elle ?

171. Nous avons dit quels sont les vices du consentement en fait de mariage (*supra*, nos 134-136), et pourquoi ils ne donnent lieu qu'à une nullité relative (*supra*, n° 168). Aux termes de l'article 180, le mariage ne peut être attaqué que par les époux dont le consentement n'a pas été libre, ou qui ont été induits en erreur (n° 448).

La nullité se couvre par la confirmation de la partie intéressée. D'après l'article 181, la demande n'est pas recevable toutes les fois qu'il y a eu « cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue ». C'est une confirmation tacite. La nullité n'étant que relative, celui qui a le droit de la demander y peut renoncer; car il renonce à un droit qui est établi en sa faveur. Le code ne parle pas de la confirmation expresse, il est certain qu'elle est admissible : c'est l'application d'un principe général. Si la loi ne parle que de la confirmation tacite, c'est pour la limiter au cas qu'elle prévoit; rien n'est plus difficile à prouver que la volonté tacite; le législateur n'a pas voulu que le mariage dépendît de l'interprétation souvent conjecturale du juge. Quant à la confirmation expresse, par sa nature même, elle ne saurait être douteuse (n° 453).

N° II. DÉFAUT DE CONSENTEMENT DES ASCENDANTS OU DE LA FAMILLE.

Sommaire.

172. Le défaut d'actes respectueux ne donne pas lieu à nullité.
173. Le défaut de consentement est une nullité relative. Qui peut la demander.
174. Comment la nullité se couvre-t-elle? Quel est l'effet de la confirmation?

172. Quand le mariage a été célébré sans le consentement des ascendants ou du conseil de famille, alors que ce consentement était nécessaire, le mariage est nul. Il ne l'est pas pour défaut d'actes respectueux; la loi ne prononce pas la nullité, et il n'y a point de nullité sans texte. Cela est aussi fondé en raison. Il y a une différence essentielle entre le consentement et les actes respectueux; sans le consentement des ascendants, il ne peut y avoir de mariage; tandis que si le mariage était annulé pour défaut d'actes respectueux, l'enfant pourrait immédiatement contracter mariage, en brisant la résistance de l'ascendant par des actes respectueux; la loi n'a pas voulu que l'annulation du mariage fût un jeu (n° 455).

173. La nullité est relative, nous en avons dit la raison (*supra*, n° 168). On pourrait croire que le législateur aurait dû refuser l'action aux enfants qui ont méprisé l'autorité de leurs ascendants, et qui, par conséquent, sont en faute. Si la loi leur permet d'agir, c'est qu'ils sont incapables, et l'incapable peut toujours se prévaloir de son incapacité, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit (art. 1310). D'ailleurs la faute de l'enfant mineur s'explique et s'excuse par son incapacité même : on suppose qu'il a été séduit (n° 456).

Qui peut demander la nullité? L'enfant qui avait besoin du consentement, et les ascendants dont le consentement était nécessaire pour la validité du mariage (art. 182 et 183). Il faut donc se reporter au moment où le mariage a été célébré; celui qui devait consentir pourra agir, et lui seul le peut, puisque la nullité est relative. Cela est aussi fondé en raison; c'est l'ascendant dont l'autorité a été méprisée qui seul a le droit de la venger (n° 457). Si l'enfant se marie sans le consentement de ses père et mère, le père seul a le droit d'agir en nullité, parce que son consentement était seul nécessaire pour la validité du mariage. Quant au conseil de famille, il représente la famille, c'est donc la famille, telle qu'elle est composée lors de l'action en

nullité qui peut agir, sans que l'on ait égard aux collatéraux qui existaient lors de la célébration du mariage (nº 459).

174. La nullité peut être couverte, parce qu'elle est relative. D'abord l'action en nullité ne peut plus être intentée, ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était nécessaire, quand le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux dont le consentement était requis. Il y a encore confirmation lorsqu'il s'est passé une année sans réclamation de la part de ceux dont le consentement était nécessaire ; ce délai court à partir du moment où ils ont eu connaissance du mariage (art. 183). Quand le mariage a été confirmé par les parents dont le consentement était requis, les époux ne peuvent plus intenter l'action en nullité (art. 183). Si l'enfant peut agir en nullité, c'est qu'il est incapable ; or, son incapacité est couverte par le consentement de ses parents, et la confirmation équivaut au consentement (nº 462).

L'époux qui avait besoin du consentement peut aussi confirmer le mariage. Aux termes de l'article 183, il n'est plus recevable à agir lorsqu'il s'est écoulé une année sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage. L'époux a l'âge compétent quand il a vingt et un ans, si c'est la femme, et vingt-cinq ans, si c'est l'homme (nº 464). La confirmation des époux n'éteint pas l'action des parent ; leur autorité a été méprisée, il faut qu'ils puissent la faire respecter ; ils doivent donc avoir le droit d'agir en nullité (nº 466).

§ III. *Des nullités absolues.*

Nº 1. QUELLES SONT LES CAUSES DE NULLITÉ.

Sommaire.

175. L'impuberté est une cause de nullité absolue et à certains égards relative.
176. La bigamie. Obligation du demandeur et droit du defendeur.
177. L'inceste, alors même que l'empêchement peut être levé par une dispense.
178. De la clandestinité. Caractère particulier de cette cause de nullité.
179. De l'incompétence de l'officier de l'état civil. Pourquoi le juge a-t-il un pouvoir discrétionnaire en cas d'incompétence?

175. L'impuberté est une cause de nullité absolue (art. 184), parce que c'est pour des motifs d'ordre public et d'intérêt social que la loi exige un certain âge pour se marier. Toutefois cette nullité

a un caractère particulier; en principe elle est absolue, mais elle a aussi un caractère relatif.

C'est parce qu'elle est absolue que le mariage peut être attaqué par les époux, donc par l'époux pubère (art. 184); mais elle est relative en ce sens qu'elle se couvre dans deux cas (art. 185). Le mariage ne peut plus être attaqué : 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que l'époux qui n'avait pas l'âge requis a atteint l'âge compétent; la cause de la nullité n'existe plus dans ce cas, et l'effet ne doit pas survivre à sa cause; 2° lorsque la femme qui n'avait pas l'âge compétent a conçu avant l'échéance de six mois; les six mois sont ceux qui sont donnés pour exercer l'action en nullité. La raison en est que la réalité donne un démenti à la présomption de la loi, et la réalité doit l'emporter ; il serait absurde que la femme demandât la nullité pour cause d'impuberté, alors qu'elle est pubère (n° 470).

176. La bigamie est la plus grave de toutes les causes de nullité, puisqu'elle constitue un crime. Celui qui demande la nullité doit prouver l'existence du premier mariage, puisque c'est à cette condition qu'il y a bigamie. De son côté, le défendeur peut opposer la nullité du premier mariage; dans ce cas, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement. Il est vrai que, malgré la nullité du premier mariage, le second a été contracté illégalement; l'époux est donc coupable, mais l'intérêt de la société l'emporte sur sa faute. Le législateur évite les annulations inutiles, et, dans l'espèce, l'annulation serait dérisoire, puisque les époux pourraient se marier, après avoir fait annuler le premier mariage (n° 473).

177. L'inceste est une cause de nullité absolue, parce que l'union entre des parents ou des alliés au degré prohibé par la loi est une action honteuse, et compromet la pureté des mœurs dans le sein des familles. Le mariage serait incestueux, et il y aurait lieu à nullité, alors même que l'empêchement pourrait être levé par une dispense, et que la dispense aurait été accordée après la célébration du mariage. L'union reste néanmoins incestueuse, et la moralité publique en exige l'annulation (n° 474).

178. L'article 165 dit que le mariage sera célébré publiquement. Quand les formalités prescrites par la loi pour assurer la publicité du mariage n'ont pas été remplies, il y a vice de clan-

destinité. C'est une cause de nullité absolue (art. 191), parce que la publicité a pour objet de garantir l'accomplissement de toutes les conditions que la loi prescrit. Quoique absolue, la nullité a un caractère particulier qui la distingue des autres nullités absolues, et même des nullités relatives. Quand la loi déclare un mariage nul, la nullité en peut être demandée, et dès qu'elle est demandée, elle doit être prononcée par le juge; rien n'est laissé à son pouvoir d'appréciation. Il n'en est pas de même de la clandestinité. Cela résulte de l'article 193; il prononce des amendes contre l'officier de l'état civil, contre les parties contractantes, ou ceux sous la puissance desquels elles ont agi, pour toute contravention aux règles prescrites par l'article 165; puis il ajoute : « lors même que ces contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage ». Et que dit l'article 165? « Le mariage sera célébré publiquement. » Donc il ne suffit pas qu'une formalité prescrite pour la publicité n'ait pas été observée pour que le mariage soit nul; c'est au juge de voir si la *contravention* est *suffisante;* il a, par conséquent, un pouvoir d'appréciation. Cette différence entre la clandestinité et les autres causes de nullité résulte de la nature des choses. La publicité est un fait complexe qui se compose de divers éléments : ce sont les publications, la célébration du mariage par l'officier de l'état civil à la maison commune, la présence de quatre témoins et l'admission du public. Il se peut que l'un de ces éléments fasse défaut, et que néanmoins le mariage ait eu la plus grande publicité. Il y a donc des faits à apprécier; dès lors le juge a un pouvoir discrétionnaire, pour décider si la publicité est suffisante. Les autres vices, au contraire, ne comportent aucune appréciation; le consentement est vicié ou il ne l'est point; et il en est de même de toutes les causes de nullité. Il n'y a pas là de plus ou de moins, donc il n'y a pas lieu à un pouvoir discrétionnaire (nº 477).

179. L'article 191 met l'incompétence de l'officier de l'état civil sur la même ligne que la clandestinité. Il y a donc nullité absolue. L'officier public est incompétent, à raison de la personne des parties contractantes, lorsque aucun des futurs époux n'a son domicile, relativement au mariage, dans la commune où il exerce ses fonctions. Il est incompétent, à raison du lieu où le mariage se célèbre, lorsqu'il célèbre le mariage hors de ladite

commune, quoiqu'il soit l'officier de l'une des parties. Il y a nullité dans les deux cas, car le code ne distingue pas (art. 191 et 165) (n° 482).

L'article 193 donne au juge un pouvoir d'appréciation pour le cas d'incompétence aussi bien que pour la clandestinité. Au premier abord, cela paraît absurde. Il y a des degrés dans la clandestinité : un mariage peut être plus ou moins public. Mais peut-on dire d'un officier public qu'il est plus ou moins incompétent? Cela n'a pas de sens. Pourquoi donc la loi donne-t-elle au juge un pouvoir discrétionnaire en cette matière? C'est que la compétence se lie à la publicité; la loi veut que le mariage soit célébré devant l'officier de l'état civil du lieu où l'un des futurs époux a son domicile, parce que c'est là que la célébration aura le plus de publicité. A ce point de vue, il y a lieu à appréciation. L'officier public célèbre hors de sa commune le mariage de deux personnes qui y sont domiciliées; il est compétent quant aux personnes, incompétent quant au lieu. Le juge doit-il annuler le mariage? Il prendra en considération les circonstances du fait. Supposons que le mariage ait été célébré à la maison de campagne de l'une des parties, la publicité a été entière, malgré l'incompétence territoriale : le juge n'annulera pas. Mais si les parties avaient célébré leur mariage, hors de leur commune, dans une intention de clandestinité, le juge pourrait l'annuler (n° 483).

N° II. DE L'ACTION EN NULLITÉ

Sommaire.

180. Quand la nullité est absolue, l'action appartient à toute partie intéressée (art. 184 et 191). Sont parties intéressées :

1° Les époux, sans distinguer l'époux en faute de celui qui est innocent et de bonne foi. La raison en est que la société est intéressée à ce que les mariages contractés au mépris de l'ordre public soient annulés. Ainsi l'époux bigame lui-même pourrait agir en nullité (n° 488).

2° Les ascendants. L'article 191 les mentionne expressément, et l'article 184 les comprend dans cette expression générale :

« tous ceux qui y ont intérêt » (art. 184, combiné avec l'article 186). Leur intérêt est moral, et l'article 187 prouve que cet intérêt suffit quand il s'agit des ascendants, car il ne les comprend pas parmi ceux qui, pour agir en nullité, doivent avoir un intérêt né et actuel. L'article 191 est conçu dans le même sens. Cela est fondé en raison. La loi donne toujours aux ascendants une position privilégiée, en matière de mariage; ils peuvent former opposition, quand même il n'existerait aucun empêchement légal, à raison de l'intérêt moral qu'ils ont dans le mariage de leur descendant; cet intérêt devait aussi suffire pour leur donner l'action en nullité, afin de rompre une union dont la honte rejaillit sur la famille (n° 489).

3° Le conseil de famille; il est compris dans l'expression *tous ceux qui y ont intérêt* (art. 184); et l'article 186 mentionne la famille, c'est-à-dire le conseil de famille. Mais l'article 191, qui ne mentionne pas le conseil, laisse un doute. Il y a incohérence et lacune dans la loi. En théorie, le droit du conseil de famille n'est pas douteux (n° 491).

4° Les collatéraux, en vertu du principe général de l'article 184; toutefois ils ne peuvent agir que s'ils y ont un intérêt né et actuel (art. 187 et 191). Les auteurs du code ne voient pas avec faveur les collatéraux qui viennent attaquer un mariage; Portalis dit que les parents ne le font que par cupidité. C'est pour cette raison que l'article 187 dispose que les collatéraux ne peuvent attaquer le mariage du vivant des deux époux, mais seulement lorsqu'ils ont un intérêt né et actuel. Le législateur suppose, ce qui est le cas général, que les collatéraux n'ont intérêt à attaquer le mariage que lorsque l'époux dont ils sont héritiers vient à mourir laissant des enfants. Mais il peut arriver qu'ils aient intérêt du vivant même de l'époux : tel serait le cas où le père renoncerait à une succession à laquelle son fils serait appelé à son défaut. Les collatéraux ont intérêt, dans ce cas, et droit à contester la légitimité de l'enfant qui les exclut de l'hérédité (n° 492).

5° Les enfants d'un premier lit sont mis, par l'article 187, sur la même ligne que les collatéraux. Ils ne peuvent agir que lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel; donc, en règle générale, après la mort de leur père ou de leur mère, et de leur vivant, s'ils y avaient un intérêt pécuniaire (n° 493).

6° Les créanciers sont encore compris dans ceux qui ont intérêt, puisque la loi admet l'intérêt pécuniaire comme base de l'action; sous ce rapport, leur droit est aussi légitime que celui des collatéraux (n° 494).

7° Le ministère public (art. 184 et 191). C'est une conséquence du principe que l'ordre public est intéressé quand la nullité est absolue. La loi dit que le ministère public *peut* et *doit* agir du vivant des deux époux (art. 190). Pour comprendre le sens de ces mots, il faut mettre l'article 190 en rapport avec les articles 187 et 188, dont il est une suite. L'article 184 donne l'action à toute partie intéressée; puis viennent des dispositions qui expliquent en quoi consiste cet intérêt et quel droit il donne. Les ascendants ont un intérêt moral qui leur permet d'agir du vivant des époux; les collatéraux n'ont qu'un intérêt pécuniaire lequel ne leur donne le droit d'agir, en général, qu'après le décès des époux. Quant au ministère public, il *peut* agir du vivant des époux, comme les ascendants, car il agit au nom d'un intérêt moral, comme les ascendants; et il *doit* agir de leur vivant, car son action a pour objet de mettre fin au scandale qui naît d'un crime ou d'une action honteuse; dès lors, elle n'a plus de raison d'être après la mort des époux. Il suit de là que le ministère public n'est pas obligé d'agir; son action a pour but de rompre une union scandaleuse; or, il peut n'y avoir aucun scandale, quelque grave que soit la cause de nullité, fût-ce la bigamie, puisqu'il arrive souvent que le premier mariage n'est pas connu. Si le premier conjoint n'agit point, pour éviter le scandale, le ministère public a la même raison pour s'abstenir (n° 495).

181. Les nullités absolues peuvent-elles se couvrir? La loi l'admet pour l'impuberté par des raisons que nous avons expliquées, n° 175. C'est une exception à la règle; la confirmation ne peut effacer les vices de bigamie, d'inceste et de clandestinité. On admet aussi que l'action qui naît de ces vices est imprescriptible; cela est d'évidence, tant que le vice subsiste; et même après la dissolution du mariage par la mort, la renonciation à une action fondée sur l'ordre public ne se conçoit pas; seulement l'intérêt pécuniaire peut se prescrire et dans ce cas l'action tombe, quand il s'agit des collatéraux, des enfants d'un premier lit, ou des créanciers, puisque leur droit est subordonné à l'intérêt (n° 499).

§ IV. *Effet de l'annulation.*

Sommaire.

182. Quel est l'effet de l'annulation du mariage?
183. Quand y a-t-il mariage putatif? Pourquoi le mariage civil produit-il des effets civils?
184. Quels sont les effets du mariage putatif? Entre les époux? A l'égard des enfants?

182. Un acte annulé ne produit aucun effet (*supra*, n° 20). L'article 201 applique implicitement ce principe au mariage, puisqu'il ne donne d'effet au mariage annulé que lorsqu'il a été contracté de bonne foi; donc quand les époux sont de mauvaise foi, le mariage ne produit aucun effet. Il en résulte que l'union des époux a été un concubinage; les enfants seront illégitimes; les conventions matrimoniales seront nulles ainsi que les donations. Si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, ils régleront leurs intérêts comme s'il y avait eu une communauté de fait (n° 501).

183. Ces principes reçoivent exception lorsque le mariage est putatif, c'est-à-dire lorsque le mariage annulé a été contracté de bonne foi, soit par les deux époux, soit par l'un d'eux. A raison de cette bonne foi, la loi attache certains effets civils au mariage, quoiqu'il ait été annulé (art. 201 et 202). Cette institution vient du droit canonique. La faveur accordée au mariage fait regarder comme valable un mariage nul et annulé. L'intérêt de la société est satisfait par le jugement qui le déclare nul. Reste à régler le sort des époux et des enfants. Les époux méritent indulgence puisqu'ils ont cru contracter un mariage valable; les enfants surtout sont dignes de pitié, et il n'est pas de l'intérêt de la société qu'il y ait des bâtards (n° 502).

La bonne foi des époux est la condition essentielle pour qu'il y ait mariage putatif. Il faut donc qu'il y ait erreur. Le code ne distingue pas entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, comme nous le dirons au titre des *Obligations*, et il n'y avait pas lieu de distinguer, puisque l'une et l'autre font que les époux sont de bonne foi (n° 504). La bonne foi doit exister lors du mariage; cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 201 dit que le mariage est putatif lorsqu'il a été *contracté* de bonne foi; donc lorsque les époux ont été de bonne foi en se mariant, le mariage est putatif.

Les principes conduisent à la même conséquence; il s'agit de déterminer les effets d'un contrat, or, c'est au moment où il se forme qu'il faut voir si la condition exigée pour qu'il produise effet existe. Peu importe qu'après la célébration du mariage les époux découvrent leur erreur; le strict devoir exigerait sans doute qu'ils se séparassent, mais l'indulgence est le principe du mariage putatif; cette indulgence doit aussi couvrir la faute très-pardonnable des époux qui, une fois unis, n'aiment pas à se séparer (n° 505).

184 Quels sont les effets du mariage putatif? Quand les deux époux sont de bonne foi, le mariage annulé produit tous les effets que produirait un mariage légal, dont la dissolution aurait lieu à partir du jugement qui en prononce l'annulation. Le mariage produit donc tous ses effets quant au passé, ces effets subsistent même pour l'avenir; mais à partir de son annulation, le mariage ne produit plus de nouveaux effets (n° 507). Ainsi les époux auront la puissance paternelle et l'usufruit qui y est attaché. Leurs conventions matrimoniales sont maintenues. Mais le mariage annulé ne produit plus d'effets entre les époux; ils ne se doivent plus fidélité, ni protection, ni assistance (n° 510). Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produira d'effets civils qu'en sa faveur. C'est une singulière anomalie; l'époux de bonne foi sera considéré comme conjoint légitime, sans que l'autre conjoint le soit : logiquement, cela est impossible; mais le mariage putatif est une fiction, et cette fiction ne peut pas profiter à celui qui est de mauvaise foi (n° 512).

Quant aux enfants, le mariage annulé produit ses effets civils, quand même il n'y aurait qu'un seul des père et mère qui fût de bonne foi (art. 202). La loi ne pouvait pas considérer les enfants comme légitimes à l'égard de l'un de leurs père et mère, et comme illégitimes à l'égard de l'autre. Ainsi les enfants jouissent de tous les droits que donne la légitimité. Ils portent le nom de leur père, quand même celui-ci serait de mauvaise foi; ils ont droit à l'éducation et aux aliments. Les enfants succèdent à leurs père et mère, et aux autres membres de la famille, car ils font partie de la famille. Cela répond à l'objection que l'on pourrait faire que le droit héréditaire ne s'ouvrant qu'après l'annulation du mariage, l'effet est nouveau; en réalité, l'effet n'est pas nouveau,

car il résulte de la légitimité, laquelle est acquise par le mariage. Les père et mère et les autres membres de la famille succèdent aussi aux enfants, si les père et mère sont de bonne foi ; si l'un d'eux est de mauvaise foi, il n'a que les droits d'un père ou d'une mère naturelle, et par suite la famille paternelle ou maternelle est sans droit (n° 508).

CHAPITRE III.

DE LA PREUVE DU MARIAGE.

(*Principes de droit civil*, t. III.)

Sommaire.

185. Le mariage se prouve par l'acte de célébration dressé par l'officier de l'état civil.
186. L'enfant est admis à prouver le mariage de ses père et mère par la possession d'état. Sous quelles conditions?
187. La preuve peut résulter d'une procédure criminelle. Qui a le droit d'agir et quel est l'effet du jugement?

185. Le mariage se prouve par l'acte que l'officier de l'état civil doit dresser immédiatement après l'avoir célébré (art. 194 et 75). Aux termes de l'article 195, la possession d'état ne peut pas être invoquée pour suppléer à cet acte On entend par possession d'état une réunion suffisante de faits qui indiquent que la cohabitation de deux personnes est l'effet d'un mariage légal. Ces faits sont, que la femme ait toujours porté le nom d'épouse de celui qu'on dit être son époux, et qu'elle ait toujours été traitée comme telle; que l'homme, de son côté, ait toujours porté le nom d'époux de celle qu'on dit être son épouse; que l'un et l'autre aient toujours été reconnus pour époux dans la société, et qu'ils aient été reconnus pour tels dans leurs familles respectives. La loi admet la possession d'état comme preuve de la filiation des enfants légitimes (art. 320). Pourquoi la repousse-t-elle quand il s'agit de prouver le mariage? Dans les grandes villes, a dit Tronchet au conseil d'État, il n'est pas rare de voir des individus qui, sans être mariés, se font, par rapport au mariage, une sorte de possession d'état; quelquefois même ils la confirment par un contrat de mariage et par les qualités qu'ils prennent dans les

actes. Admettre la possession d'état comme preuve du mariage, ce serait faciliter et encourager le concubinage. Quand ce sont les prétendus époux qui demandent à faire preuve de leur union, il y a un motif péremptoire de rejeter la possession d'état; ils ne peuvent ignorer le lieu où ils ont été mariés; il est donc juste d'exiger d'eux qu'ils représentent l'acte qui a dû être dressé de la célébration de leur prétendu mariage (n° 1).

186. Les actes de l'état civil sont la preuve régulière des faits que ces actes sont destinés à constater. Il suit de là que ces faits ne peuvent être établis par une autre preuve, sauf dans les cas exceptés par la loi. La règle établie par l'article 194 reçoit plusieurs exceptions. D'abord dans les cas prévus par l'article 46 (*supra*, n°s 88 et 89). L'article 197 consacre une seconde exception au profit des enfants. Quand les enfants demandent à prouver la célébration du mariage de leurs père et mère, la loi leur permet d'invoquer la possession d'état, si leurs père et mère sont décédés. La raison en est que le plus souvent les enfants ne connaissent pas le lieu où le mariage de leurs parents a été célébré. D'ailleurs la possession qu'ils invoquent n'est pas leur ouvrage; on ne peut donc pas les soupçonner de s'être créé un titre à eux-mêmes. Il faut ajouter que la loi favorise la réclamation des enfants, parce que la légitimité est favorable. Voilà pourquoi la loi limite l'exception aux enfants; les tiers intéressés ne peuvent pas s'en prévaloir, bien qu'il leur fût impossible de représenter l'acte de célébration. La preuve par la possession d'état est donc une exception de faveur (n° 8). Elle est soumise à plusieurs conditions.

Il faut 1° que les père et mère soient tous deux décédés. Si l'un d'eux vit encore, les enfants peuvent apprendre par lui dans quelle commune le mariage a été célébré; il n'y a plus de raison pour les dispenser de produire l'acte de célébration (n° 9);

2° Que ceux dont le demandeur se prétend l'enfant légitime aient eu la possession d'état d'époux (art. 197);

3° Que lui-même ait la possession d'état d'enfant légitime. La loi exige la double possession d'état; elle se défie de celle que les époux ont eue, parce qu'elle est souvent l'œuvre de la fraude; quand elle est confirmée par la possession d'état de l'enfant, le danger diminue, s'il ne disparaît point. L'article 321 définit la possession d'état d'enfant légitime, nous y reviendrons (n°s 11 et 12).

4° Que la possession d'état ne soit pas contredite par l'acte de naissance. La loi n'oblige pas l'enfant à produire son acte de naissance, parce qu'il se peut qu'il ne connaisse pas le lieu où il est né; mais s'il y a un acte, il l'emporte sur la possession d'état, par exemple, si l'acte portait que l'enfant est un enfant naturel (n° 13).

Si l'enfant administre ces preuves, sa légitimité sera établie, comme s'il avait produit un acte de célébration du mariage, sauf à la partie adverse à combattre les preuves par la preuve contraire, ce qui est le droit commun (n° 14).

187. La preuve de la célébration du mariage peut encore résulter d'une procédure criminelle (art. 198). On suppose que l'acte de célébration a été détruit ou falsifié, l'auteur du crime est poursuivi; il est prouvé qu'un mariage a été célébré, qu'un acte a été dressé par l'officier public, et que cet acte a été détruit ou falsifié. Dans ce cas, le jugement de condamnation atteste en même temps la célébration du mariage; il sera inscrit sur les registres de l'état civil et tiendra lieu de l'acte. L'article 198 reçoit aussi son application au cas où l'officier public inscrit l'acte de célébration sur une feuille volante; c'est une contravention punie par le code pénal (art. 263). La feuille volante ne fait pas foi; les parties intéressées n'ont qu'un moyen légal de se procurer une preuve du mariage, c'est de poursuivre l'officier de l'état civil et d'inscrire le jugement sur le registre (n° 16).

Par qui l'action peut-elle ou doit-elle être intentée? L'infraction donne lieu à deux actions : l'action publique, exercée, en général, par le ministère public, et ayant pour objet l'application de la peine; l'action civile, tendant à la réparation du dommage causé par le délit, et formée par les parties intéressées. On applique ce principe à l'action de l'article 198, malgré la mauvaise rédaction de la loi; une mauvaise rédaction ne saurait l'emporter sur les règles essentielles qui régissent l'action publique et l'action civile. Le ministère public agit quand il veut; il n'a pas besoin d'attendre que les époux ou l'un d'eux soient décédés sans avoir découvert la fraude, comme semble le dire l'article 199; la loi prévoit le cas ordinaire, mais elle ne subordonne pas l'action publique à une condition qui n'aurait point de sens. Le ministère public n'a point l'action civile, sauf, par exception, dans le cas prévu par l'article 200 : « Si l'officier de l'état civil est décédé,

lors de la découverte de la fraude, l'action est dirigée au civil contre ses héritiers, par le procureur impérial en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. » La loi donne l'action civile au ministère public, par la crainte d'une collusion entre les demandeurs et les héritiers du coupable, pour obtenir la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais existé (nº 17).

Les époux peuvent agir directement, comme parties civiles, tant que le coupable vit ; à sa mort, il doivent se borner à dénoncer le fait au ministère public, qui agira au civil, en leur présence (art. 199 et 200). Il en est de même des autres parties intéressées, malgré la mauvaise rédaction de la loi (nº 18).

Le jugement qui constatera la célébration du mariage tiendra lieu d'acte; toutefois avec cette restriction, qu'il n'a d'autorité qu'entre les parties en cause. C'est le droit commun qui régit la chose jugée, et la loi n'y déroge point (nº 19).

CHAPITRE IV.

DES MARIAGES CONTRACTÉS A L'ÉTRANGER.

Sommaire.

188. Ces mariages sont régis par le code civil, pour ce qui concerne les conditions intrinsèques. *Quid* des formes de la célébration ? Pourquoi la loi exige-t-elle des publications en France ?
189. L'article 170 est-il sanctionné par la peine de nullité ?
190. Quel est le but de la transcription prescrite par l'article 171 ?

188. Les Français peuvent contracter mariage à l'étranger. Sont-ils soumis, dans ce cas, à des conditions spéciales ? D'après l'article 170, il faut distinguer entre les formes requises pour la célébration et les conditions intrinsèques. Quant aux formes, il y a une nouvelle distinction à faire. Si les futurs époux sont l'un et l'autre Français, il peuvent contracter mariage devant les agents diplomatiques ou les consuls. On suit alors la loi française (*supra*, nº 78). Si les Français se marient devant l'officier public du pays, le mariage doit être célébré dans les formes prescrites par la loi du pays où l'acte se passe : c'est une application extensive de l'article 47 (*supra*, nº 27). Cette disposition ne concerne que les

actes, c'est-à-dire les écrits dressés pour constater un fait juridique. L'article 170 étend le principe aux formalités de la célébration : il y avait même raison de décider (n° 20).

L'article 170 exige une formalité spéciale ; il veut que des publications se fassent en France d'après le droit commun ; les publications à faire à l'étranger sont régies par la loi étrangère. Pourquoi la loi veut-elle, dans tous les cas, que des publications se fassent en France? C'est pour que le mariage contracté par des Français soit public en France. Les publications notamment ont pour objet de porter le projet de mariage à la connaissance de ceux qui ont le droit d'y former opposition, et de prévenir par là un mariage contraire à la loi. C'est le seul élément de publicité dont le législateur français dispose. Il résulte de là que les publications ont une plus grande importance pour les mariages contractés à l'étranger que pour les mariages célébrés en France; un mariage célébré à l'étranger sans avoir été précédé de publications en France sera le plus souvent clandestin ; en ce sens les publications sont de l'essence des mariages célébrés à l'étranger (n° 21).

Quant aux conditions intrinsèques requises pour la validité du mariage, les Français sont soumis à la loi française (art. 179) : c'est le droit commun, puisque les lois concernant le mariage sont un statut personnel qui suit les Français à l'étranger (*supra*, n° 22).

189. Quelle est la sanction de l'article 170? Il n'y a aucun doute quant aux conditions intrinsèques prescrites sous peine de nullité par le code civil : on applique la loi française, puisqu'il s'agit d'un statut personnel. Mais il y a une condition dont l'inobservation n'entraîne pas la nullité, ce sont les actes respectueux. Quant aux formalités, il y a une condition spéciale : les publications doivent être faites en France. De là la question de savoir si le mariage célébré à l'étranger sans qu'il y ait eu des actes respectueux ou des publications est nul? Il y a controverse et doute. Le principe est qu'il n'y a point de nullité de mariage sans texte, et de texte formel il n'y en a point, car l'article 170 ne prononce pas la nullité. On s'accorde à dire que cet article ne prononce pas la nullité du mariage pour défaut d'actes respectueux; dès lors il faut en dire autant pour le

défaut de publications, puisque c'est une seule et même disposition qui prescrit les publications et les actes respectueux. On invoque l'article 193, qui donne au juge le droit de prononcer la nullité du mariage pour défaut de publicité; mais il se réfère à l'article 165, lequel ne parle que de la célébration publique du mariage, or les publications précèdent la célébration, et l'article 192 sanctionne le défaut de publications par une amende. Il y a, en réalité, lacune dans le code. La jurisprudence l'a comblée en se fondant sur l'esprit de la loi. Pour les mariages célébrés à l'étranger, les publications sont le seul élément de publicité. Les tribunaux doivent donc avoir le droit de prendre les publications en considération, pour décider si le mariage est public ou non. Si les époux se sont mariés à l'étranger pour faire fraude à la loi, le juge annulera le mariage; s'il n'y a aucune intention de fraude, le juge maintiendra le mariage. Cela est fondé en raison, mais cela est douteux d'après les textes (n°s 26-31).

190. L'article 171 porte : « Dans les trois mois après le retour des Français sur le territoire de l'empire, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. » Quel est l'objet de cette transcription? Après de longues controverses, on a fini par admettre que c'est une mesure d'ordre. Le législateur prescrit la tenue des registres de l'état civil pour donner aux parties intéressées une preuve authentique des faits qui concernent l'état des personnes. Quand un mariage est célébré à l'étranger, les époux, les enfants et toutes les parties intéressées devraient s'adresser à l'officier étranger pour obtenir une expédition de l'acte; de là des frais, des embarras et des lenteurs. La loi donne aux époux, qui sont les principaux intéressés, un moyen facile de se procurer une preuve, c'est la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil. Ce qui prouve que tel est l'esprit de la loi, c'est que le code ordonne la même mesure dans tous les cas où un acte de l'état civil concernant les Français est reçu à l'étranger par des officiers français (art. 59-61, 86 et 87, 95 et 96).

La transcription n'étant qu'une mesure d'ordre, il s'ensuit que le défaut de transcription n'empêche pas le mariage de produire

tous ses effets civils; le mariage existe indépendamment de l'acte qui le constate; à plus forte raison existe-t-il, si l'acte n'a pas été transcrit (n[os] 37 et 38).

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

§ I. *Du devoir d'éducation.*

Sommaire.

191. A qui incombe le devoir d'éducation et en vertu de quel principe.
192. Les enfants n'ont pas d'action contre leurs père et mère pour un établissement.

191. Aux termes de l'article 203, « les époux contractent ensemble, par le fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ». L'éducation est physique et morale; la première est le moyen, la seconde le but. Tout homme a droit à l'éducation; c'est un droit absolu et le plus considérable de tous les droits; pour mieux dire, c'est le but suprême de l'homme, puisque son perfectionnement est la destinée qu'il doit accomplir en ce monde. Le droit à l'éducation, comme tout droit, serait un vain mot, s'il n'était pas sanctionné par une obligation corrélative. Qui est obligé d'élever l'enfant? Le code répond que les époux contractent cette obligation par le fait du mariage. Cela n'est pas exact : le devoir d'éducation incombe aux père et mère et non aux époux comme tels, il dérive de la paternité et non du mariage. Celui qui devient père a charge d'âme, il est tenu de veiller à l'éducation de l'enfant auquel il a donné le jour. Le mariage ne crée pas le devoir d'éducation, il le constate seulement en faisant connaître avec certitude ceux à qui ce devoir est imposé : les époux le remplissent, ce sont les père et mère qui le contractent (n° 39).

Il suit de là que le devoir d'éducation incombe aux père et mère naturels, bien entendu si l'enfant est reconnu; s'il ne l'est pas, il n'a pas de famille. En théorie, cela n'est pas douteux;

Mais les textes laissent un doute : le seul article qui parle du devoir d'éducation, l'article 203, le dérive du mariage (n° 40).

192. « L'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement » (art. 204). C'est une dérogation au droit romain. Dans les pays de droit écrit, le père était forcé de doter ses enfants. Dans les pays coutumiers, au contraire, l'enfant n'avait pas d'action. Pothier nous en dit la raison. Il avoue que l'obligation de doter les enfants est une dette naturelle, mais la loi ne sanctionne pas cette dette par une action ; elle présume assez de l'affection que les père et mère ont pour leurs enfants, pour croire que s'ils ne les dotent pas, c'est qu'ils n'ont pas le moyen de le faire d'une manière convenable. Il faut ajouter que l'enfant peut ne pas mériter un établissement. Dans l'un et l'autre cas, il serait contraire à toutes convenances que l'enfant actionnât ses père et mère en justice pour les contraindre à faire ce qu'ils ne peuvent ou ne veulent pas faire (n° 45).

§ II. *De l'obligation alimentaire.*

Sommaire.

193. Le mot *aliments* a un sens technique en droit; il comprend tout ce qui est nécessaire à la vie : la nourriture, le vêtement, le logement, et, s'il y a lieu, les frais de maladie; l'article 203 exprime ces obligations par les mots *nourrir* et *entretenir*. La loi les impose aux parents et alliés les plus proches. En général, la charité est un devoir moral, qui n'a pas et ne peut même pas avoir de sanction légale. Par exception, elle devient une dette civile. On suppose que celui qui réclame les aliments en a besoin pour vivre : la loi lui donne le droit de les demander aux parents et alliés qu'elle énumère. Le conjoint doit les aliments à son conjoint, les ascendants à leurs enfants, et ceux-ci à leurs ascen-

dants : c'est le cri de la nature. La loi étend cette obligation aux alliés, à cause du lien intime que l'alliance crée en ligne directe. Hors des cas prévus par la loi, il ne saurait être question d'une obligation alimentaire; c'est une obligation légale, et il n'y a pas d'obligation légale sans loi (n° 47).

Il ne faut pas confondre l'obligation alimentaire avec le devoir d'éducation. Les aliments sont compris dans l'éducation, mais à titre d'accessoire, ou de moyen, le développement intellectuel et moral étant le but. Le devoir d'éducation incombe aux père et mère, les ascendants n'en sont pas tenus; tandis que l'obligation alimentaire est imposée aux parents et alliés en ligne directe, ainsi qu'aux conjoints. L'éducation se termine à un certain âge, l'obligation alimentaire n'a d'autres limites que les besoins (n° 47).

194. L'obligation alimentaire existe : 1° entre conjoints. La loi ne se sert pas de l'expression d'aliments en parlant des devoirs des époux; elle dit (art. 212) que les époux se doivent mutuellement secours et assistance, et que le mari doit fournir à la femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 214). Les devoirs entre conjoints diffèrent de l'obligation alimentaire entre parents et alliés. Ainsi, régulièrement les deux époux contribuent aux charges du mariage ; si l'un d'eux était sans ressources, l'autre serait tenu de la charge pour le tout. L'obligation alimentaire consiste d'ordinaire à fournir une pension à celui qui a droit aux aliments; entre époux, au contraire, la vie commune est un devoir (n° 52).

2° Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin (art. 205) ; cette obligation est réciproque (art. 207). La loi l'étend aux alliés : les gendres et belles-filles doivent des aliments à leurs beau-père et belle-mère (art. 206); cette obligation est aussi réciproque. On admet que la dette alimentaire entre alliés s'étend à tous les degrés; d'après le texte, il faudrait dire le contraire; l'opinion qui est assez généralement suivie se fonde sur la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, ce qui est un système d'interprétation très-dangereux quand il s'agit de modifier le texte (n° 59). Il y a lacune.

3° La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que les père et mère doivent des aliments à leurs enfants

naturels, incestueux ou adultérins, et que les enfants naturels simples doivent des aliments à leurs père et mère. Ici encore il y a lacune dans la loi. La cour de cassation avoue que le code ne contient aucune disposition expresse quant aux aliments en faveur des enfants naturels. Cela tranche la question; en effet, le devoir civil de fournir des aliments est une obligation légale, et peut-il y avoir une obligation légale sans loi? Le seul texte que l'on invoque, l'article 762, ne parle que des droits des enfants adultérins et incestueux sur la succession de leurs père et mère; or le droit héréditaire ne donne pas d'action entre vifs (nos 60 et 61).

195. Comment les débiteurs de l'obligation alimentaire en sont-ils tenus? On demande d'abord s'ils en sont tenus successivement ou concurremment. A notre avis, ils sont tenus concurremment, par cela seul que la loi n'établit pas d'ordre successif. Ainsi les alliés et les parents sont obligés à titre égal; le tribunal répartira la dette entre les divers débiteurs d'après leur fortune (n° 64). On a prétendu, en second lieu, que la dette alimentaire est solidaire et indivisible. Elle n'est pas solidaire, parce qu'il n'y a point de solidarité sans loi (art. 1202); elle n'est pas indivisible, parce qu'elle a pour objet une chose divisible (art. 1217), c'est-à-dire la pension ou les aliments en nature (nos 67, 68).

196. Quelle est la condition requise pour que les aliments puissent être réclamés? Celui qui les demande doit être dans le besoin (art. 205-207), c'est-à-dire qu'il doit se trouver dans l'impossibilité de pourvoir lui-même à sa subsistance, en tout ou en partie (n° 69). Ceux qui peuvent travailler et se procurer par le travail les choses nécessaires à la vie n'ont pas droit à des aliments. Le jeune homme qui est docteur en droit ou en médecine a la capacité de travailler, mais il doit passer un long stage avant d'acquérir une clientèle; il a donc droit à des aliments; mais il n'y aurait pas droit, si, pouvant travailler, il s'y refusait (n° 71).

197. Quelle est l'étendue de la dette? L'obligation alimentaire a un caractère particulier, elle n'est pas absolue et invariable, comme le sont les dettes ordinaires. D'abord les aliments sont accordés dans la proportion du besoin de celui qui les réclame (art. 208); or les besoins changent d'après l'âge, la santé, la condition sociale; la dette peut donc augmenter et elle peut

diminuer. La loi dit aussi que les aliments sont accordés eu égard à la fortune de celui qui les doit (art. 208). C'est une dette qui naît des liens du sang ou de l'alliance; celui qui est riche doit entretenir son parent dans une condition conforme à la situation de la famille. Sous ce rapport encore la dette peut augmenter ou diminuer. En cette matière, les conventions et les jugements n'ont rien de définitif; ils ne peuvent pas rendre fixe une dette qui de sa nature est variable (n° 49).

198. Comment les aliments sont-ils prestés? En règle générale, ils ne sont pas fournis en nature; le débiteur doit payer une pension alimentaire à celui qui a droit aux aliments (art. 210). Le législateur a craint que la personne qui est dans le besoin ne fût pas traitée avec les égards dus à l'infortune; or, les aliments sont un droit, ce n'est pas une aumône. Toutefois la règle reçoit une exception. Les aliments sont accordés dans la proportion de la fortune de celui qui les doit (art. 208); si les facultés du débiteur ne lui permettent pas de payer une pension en argent, le juge pourra l'autoriser à les fournir en nature (art. 210), ce qui est beaucoup moins onéreux (art. 74).

La règle ne s'applique pas à l'enfant qui demande des aliments à ses père et mère; alors même que ceux-ci seraient en état de payer une pension alimentaire, le tribunal peut leur permettre de fournir les aliments en nature. La loi suppose que les enfants seront bien traités chez leurs parents. Toutefois, la règle n'a rien d'absolu (art 211); le juge peut condamner le père à payer une pension alimentaire : il se trouve malheureusement des parents dénaturés (n° 74).

199. Quand cesse l'obligation alimentaire? Elle cesse d'abord quand celui qui reçoit les aliments n'en a plus besoin, en tout ou en partie, et si celui qui les doit n'est plus en état de les fournir, en tout ou en partie (art. 209). Cela résulte de la nature même de la dette alimentaire : elle est subordonnée aux besoins de celui qui y a droit, et à la fortune de celui qui les doit (n° 75).

La dette alimentaire cesse encore de droit dans les deux cas prévus par l'article 206 : 1° quand la belle-mère convole en secondes noces, elle n'a plus le droit de demander des aliments à ses gendres et belles-filles. On ne voit pas pourquoi cette exception est limitée à la belle-mère; celui qui se remarie trouve

toujours des aliments dans sa nouvelle famille, et les seconds mariages ne méritent pas plus de faveur quand l'homme se remarie, que lorsque la femme convole en secondes noces (n° 76); 2° lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. Dans ce cas l'alliance est éteinte.

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS COMMUNS AUX DEUX ÉPOUX.

---

§ I. *Des devoirs communs aux deux époux.*

Sommaire.

200. Le principe du code est celui de l'inégalité.
201. Du devoir de fidélité, de secours et d'assistance.
202. Du devoir de cohabitation. A-t-il une sanction?

200. La société qui existe entre l'homme et la femme n'est pas une société égale; en se mariant, la femme tombe sous puissance du mari. Le code civil ne prononce pas le mot de puissance maritale, mais il consacre la chose en disant (art. 213) que « le mari doit protection à sa femme et la femme *obéissance à son mari* ». L'orateur du gouvernement fonde ce pouvoir de l'homme sur une différence qui existe dans la nature des deux associés, mais il n'en trouve d'autres que la force. Nous lui opposerons le témoignage de la philosophie. Condorcet qualifie de préjugé l'idée d'une inégalité des deux sexes; cette inégalité n'a d'autre fondement que l'abus de la force. En fait, ce n'est pas la *protection* et l'*obéissance* qui règnent dans le mariage; c'est l'affection, lien des âmes, et les décisions se prennent par voie de délibération commune et de concours de consentement; ce n'est pas un maître qui impose sa volonté, et un inférieur qui s'y soumet. Nous dirons plus loin que la fausse idée de l'inégalité a laissé des traces regrettables dans nos lois (n°s 82 et 83).

201. « Les deux époux se doivent mutuellement fidélité » (art. 212). En droit, ce devoir est certes égal. Cependant la loi

permet au mari de demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme, tandis que la femme ne peut demander le divorce pour adultère de son mari que lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune ; cette circonstance aggravante est également requise pour que l'adultère de l'homme soit puni (C. pén., art. 387-389). Singulière leçon de morale que la loi de l'inégalité donne à l'homme! (n° 84.)

« Les époux se doivent secours et assistance » (art. 212). De là résulte l'obligation alimentaire, dont nous avons parlé (*supra*, n° 194). Quant au dévouement et à l'affection, ce sont des devoirs moraux ; toutefois leur violation peut constituer une injure grave qui autorise la femme à demander le divorce ou la séparation de corps (art. 231, 306).

202. « La femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état » (art. 214). Cette obligation dérive de l'essence même du mariage, puisqu'il implique nécessairement une vie commune. La communauté de vie suppose une même habitation pour les deux époux, cette habitation est celle du mari : c'est la conséquence la plus naturelle de la puissance maritale.

Cette obligation a-t-elle une sanction et laquelle? La loi n'en prononce aucune; or il est de principe que les voies d'exécution forcée sont de droit public. Cela décide la question contre l'opinion qui accorde, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire au juge (n° 89). La jurisprudence et la doctrine admettent que le juge peut autoriser le mari à requérir la force publique pour contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal. C'est confondre les obligations pécuniaires avec un devoir qui est essentiellement moral : les gendarmes peuvent bien reconduire la femme chez son mari, mais à peine y sera-t-elle, qu'elle pourra de nouveau quitter le domicile conjugal, car on ne peut pas la mettre sous séquestre (n° 93). La seule sanction du devoir de cohabitation est le droit de demander le divorce, c'est-à-dire la dissolution du mariage, qui n'existe plus sans vie commune. Ce que nous disons de la femme qui ne veut pas cohabiter avec le mari s'applique aussi au mari qui ne veut pas recevoir sa femme (n° 94).

§ II. *De l'incapacité de la femme mariée.*

N° I. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

Sommaire.

203. La femme mariée est frappée d'incapacité juridique : elle est placée parmi les incapables (art. 1124). Tant qu'elle n'est pas mariée, la femme jouit de la même capacité que l'homme; elle devient incapable par le fait du mariage. C'est donc dans le mariage que doit se trouver la cause de l'incapacité. D'abord le mariage la place sous puissance maritale; devant obéir en toutes choses à son mari, il ne convient pas qu'elle fasse un acte quelconque sans avoir demandé son consentement. Ce n'est pas le motif unique, ni même le motif principal. Le mariage crée de nouveaux intérêts : la femme ne peut faire aucun acte juridique qui ne réagisse à l'égard de ses enfants ou de son mari; les actes qu'elle fait intéressant toute la famille, il est naturel que le chef de la famille intervienne pour la garantie des intérêts communs. Il y a encore une considération de fait. Le mariage est une société; chacun des associés a sa sphère d'action; la femme dirige le ménage et l'éducation des enfants, le mari a la direction des affaires, qu'il connaît mieux que la femme.

Cette théorie se fonde sur les textes du code. Le mari mineur ne peut pas autoriser sa femme, quoiqu'il ait la puissance maritale, preuve que la puissance maritale n'est pas la cause première de l'incapacité de la femme. Quand le mari est mineur, interdit, absent, c'est le juge qui autorise la femme; ici l'autorité maritale n'est plus en cause; si néanmoins la femme reste incapable, c'est que les intérêts généraux de la famille doivent être sauvegardés (n° 95).

204. L'incapacité de la femme est générale, elle concerne tous les actes juridiques. Cela résulte des motifs de l'incapacité,

tels que nous venons de les exposer. L'article 217 procède par voie d'énumération : « La femme ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre onéreux ou gratuit. » Cette énumération n'est pas restrictive. Il n'est pas dit, dans l'article 217, que la femme est incapable de contracter, mais cette incapacité résulte des articles 220, 222, 224, et 1124. La femme marchande publique peut s'obliger sans autorisation de son mari ; l'exception implique que la règle est l'incapacité. Quand le mari est mineur, interdit ou absent, la femme doit se faire autoriser de justice pour contracter, ce qui suppose encore que la femme est incapable de s'obliger. Aussi la femme est-elle placée parmi les incapables.

L'incapacité de la femme est encore générale, en ce sens qu'elle existe sous tous les régimes ; l'article 217 dit : « La femme, même non commune ou séparée de biens. » En principe, le régime n'a rien de commun avec l'incapacité de la femme ; il y déroge néanmoins en certains cas ; la femme séparée de biens peut faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale ; il en est de même de la femme mariée sous le régime dotal, pour ses biens paraphernaux (n° 97).

205. La règle de l'incapacité reçoit des exceptions. Tous les incapables peuvent faire les actes conservatoires ; ils tendent à conserver les droits, ils profitent donc nécessairement à ceux qui les font ; dès lors il n'y a pas de raison pour les défendre aux incapables. La loi applique ce principe à la femme mariée : elle peut requérir inscription de son hypothèque légale (loi hyp., art. 64), et elle peut faire transcrire les donations qui lui sont faites, art. 940 (n° 98).

« La femme peut tester sans l'autorisation de son mari » (art. 226). Le testament n'ayant d'effet qu'après la mort de la femme, il n'y avait aucune raison d'y faire intervenir le mari, puisque, à la mort, il n'y a plus de puissance maritale, ni, en un certain sens, de famille. Il est d'ailleurs de l'essence du testament qu'il soit la libre expression de la volonté du testateur ; aucune volonté étrangère n'y peut intervenir sans le vicier (n° 99).

206. « La femme ne peut ester en jugement sans autorisation de son mari » (art. 215). Cela veut dire qu'elle ne peut plaider ni comme demanderesse, ni comme défenderesse. La raison en est que les procès sont des actes très-dangereux, même pour les dé-

fendeurs, en raison des frais qu'ils entraînent. Aussi cette incapacité est-elle plus étendue que celle qui concerne les actes extrajudiciaires; l'article 215 ajoute : « quand même la femme serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens ». La femme a, dans ces cas, une certaine capacité; mais elle ne peut, même pour les actes qu'elle est capable de faire, soutenir un procès. La gravité des instances judiciaires explique cette différence. Il faut ajouter que les actes que la femme a capacité de faire sont des actes de tous les jours, tandis que les procès sont chose rare; il n'y avait donc aucun motif de dispenser la femme de l'autorisation maritale (n° 102).

La loi admet cependant une exception : « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police » (art. 216). Pourquoi la femme, défenderesse en matière criminelle, ne doit-elle pas être autorisée, tandis que l'autorisation lui est nécessaire pour défendre au civil? En matière civile, la femme peut avoir intérêt à ne pas se défendre pour éviter des frais inutiles, tandis que, en matière criminelle, le procès suit son cours, que la femme se défende ou ne se défende pas; dès lors elle est toujours intéressée à se défendre, et par suite l'autorisation du mari est inutile (n° 109).

N° II. DE L'AUTORISATION MARITALE.

Sommaire.

207. La femme est incapable, en ce sens qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans y être autorisée. Qu'est-ce que l'autorisation? La loi se sert indifféremment des mots *autorisation* et *consentement* (art. 215, 226). Autoriser, c'est donc consentir à ce que la femme agisse; le mari approuve ce que la femme fait (n° 111).

Il ne faut pas confondre l'autorisation avec le mandat. La femme autorisée s'oblige personnellement, tandis que le mari qui

l'autorise ne s'oblige pas. Quand le mari donne mandat à sa femme, c'est, au contraire, lui qui s'oblige, tandis que le mandataire ne s'oblige pas. De là suit qu'il n'y a pas lieu d'autoriser la femme mandataire; sa capacité n'est pas en cause, puisqu'elle ne parle pas au contrat (n° 112).

208. L'autorisation doit être spéciale (art. 223); toute autorisation générale est interdite. On entend par autorisation spéciale celle qui est donnée pour chaque acte. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 215 dit que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ce qui implique que la femme doit être autorisée pour chaque procès où elle est partie en cause. Quand il s'agit d'un acte extrajudiciaire, l'article 216 veut le concours du mari dans l'acte; cela prouve que le mari doit intervenir dans chaque acte pour l'approuver. La loi ajoute : « ou son consentement par écrit ». Ces mots doivent être entendus dans le même sens, car il ne saurait y avoir de différence, sous ce rapport, entre l'autorisation expresse et l'autorisation tacite. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi le mari est-il appelé à autoriser sa femme? Afin de sauvegarder les intérêts de la femme et ceux de la famille; pour que l'autorisation atteigne ce but, il faut que le mari prenne connaissance de chaque acte avant de l'autoriser. La loi exige encore l'autorisation parce que la femme doit respect et obéissance au mari; donc la femme doit le consulter pour tout acte qu'elle est dans le cas de passer. Serait-ce maintenir son autorité, si le mari donnait d'avance à la femme l'autorisation de faire tout ce qui lui plairait? Ce serait non exercer la puissance maritale, mais l'abdiquer (n° 113), et le mari ne peut abdiquer un pouvoir qui est d'ordre public.

La règle de la spécialité reçoit deux exceptions. D'abord la femme marchande publique peut, sans une autorisation spéciale, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; l'autorisation générale que le mari lui donne pour être marchande suffit. La nécessité du commerce l'exigeait ; les actes de commerce sont de tous les instants et ne souffrent aucun retardement, ce qui rend une autorisation spéciale impossible. L'article 220 ajoute : « La femme n'est pas réputée marchande publique si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement

quand elle fait un commerce séparé. » Quand la femme débite dans la boutique de son mari, elle est mandataire, et comme telle, elle n'a pas besoin de son autorisation (*supra*, n° 207) (n° 116).

Il y a une seconde exception, quand la femme est autorisée par contrat de mariage à administrer ses biens (art. 223). Cette autorisation générale suffit; dès que la femme a le droit d'administrer, on doit lui permettre de le faire sans autorisation spéciale, sinon sa gestion serait à chaque instant entravée (n° 115).

209. L'autorisation peut être expresse ou tacite (art. 217). Il en est ainsi de tout consentement. Mais la loi déroge aux principes généraux en ce qui concerne les caractères du consentement exprès et du consentement tacite.

Le consentement exprès peut se donner, en général, verbalement et par écrit, tandis que l'article 217 exige que l'autorisation se donne par écrit. Ce n'est pas que l'autorisation expresse soit un acte solennel. Si la loi exige un écrit, c'est uniquement pour prévenir les contestations sur le consentement verbal : une parole prononcée à la légère ou arrachée par importunité aurait été invoquée comme un consentement. L'autorisation est chose sérieuse; le mari doit examiner la nature et les conséquences de l'acte que la femme se propose de passer; il faut donc qu'il y ait une garantie qu'il a donné son consentement en connaissance de cause. Quand le mari est obligé d'autoriser sa femme par écrit, il pèsera ses paroles, comme il calculera ses résolutions (n° 117). La question est cependant controversée.

La loi définit aussi l'autorisation tacite : c'est le concours du mari dans l'acte. Il est partie à l'acte quand il y promet ou qu'il y stipule. Il ne suffit pas qu'il soit présent; la *présence* à un contrat n'est pas un *concours* dans ce contrat. La définition de l'article 217 est-elle restrictive? Oui, à notre avis. Toute définition est restrictive, sinon elle serait inutile. C'est surtout pour le consentement tacite qu'il y avait lieu de craindre des contestations, car rien n'est plus vague que la volonté qui se manifeste par des faits; entre époux il fallait éviter ces débats (nos 121 et 117).

210. Si le mari refuse d'autoriser sa femme, celle-ci peut se pourvoir en justice, et le juge pourra accorder l'autorisation (art. 218 et 219). La puissance maritale, dans notre droit, est un devoir de protection confié au mari, dans l'intérêt de la femme

et de la famille : la protection ne doit pas dégénérer en oppression. Le refus du mari pourrait être injuste; dès lors il fallait ouvrir à la femme un recours devant les tribunaux (nº 126).

La justice est encore appelée à autoriser la femme quand le mari est absent, dans le sens légal du mot. Il y a impossibilité, dans ce cas, pour la femme de se procurer le consentement du mari; partant, il y a nécessité que le juge intervienne. Si le mari est absent, en ce sens qu'il ne se trouve pas sur les lieux, cette nécessité n'existe pas; dès lors il n'y a pas lieu de s'écarter de la règle (nº 127).

Si le mari est mineur, son autorisation est remplacée par celle du juge (art. 224). Le mari étant lui-même incapable ne peut pas couvrir l'incapacité de la femme. Toutefois il est capable dans de certaines limites, puisqu'il est émancipé par le mariage; il peut faire les actes d'administration, et, par conséquent, il peut autoriser la femme à les faire. Il suit de là que la femme peut, avec autorisation du mari, intenter une action mobilière, (art. 482) (nº 128).

Si le mari est interdit, la femme doit être autorisée du juge (art. 222). Frappé lui-même d'une incapacité absolue pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, il est impossible qu'il couvre l'incapacité de sa femme par un consentement que légalement il ne peut pas donner (nº 130).

« Lorsque le mari est frappé d'une condamnation afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace. la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. » Cette incapacité du mari résulte d'une déchéance temporaire de la puissance maritale, pour cause d'indignité; si la loi permet au juge de l'entendre, c'est comme moyen d'instruction (nº 133).

Nº III. EFFET DE L'AUTORISATION.

Sommaire.

211. Quel est l'effet de l'autorisation à l'égard de la femme?
212. Quel est l'effet de l'autorisation à l'égard du mari?

213. L'acte fait sans autorisation est nul. Qui peut opposer la nullité?
214. La nullité peut être couverte par la confirmation. Quel est l'effet de la confirmation?

211. L'autorisation couvre l'incapacité de la femme : d'incapable qu'elle était, elle devient capable. De là suit que la femme ne peut plus attaquer l'acte pour cause d'incapacité; mais si l'acte est vicié pour une autre cause, elle peut en demander l'annulation : l'autorisation ne donne pas plus d'effet à l'acte qu'il n'en aurait si la femme n'était pas mariée (n° 142).

Il y a un second principe en cette matière : l'autorisation ne rend la femme capable que quant à l'acte pour lequel elle a été autorisée. C'est une conséquence de la spécialité de l'autorisation : si la femme fait un acte différent de celui pour lequel elle a été autorisée, elle reste incapable; par suite, l'acte est nul (n° 143).

L'autorisation a le même effet, qu'elle soit donnée par le mari ou par le juge; celui-ci ne fait que prendre la place du mari (n° 150).

212. Quel est l'effet de l'autorisation maritale à l'égard du mari? Elle n'a, en principe, aucun effet à son égard; il n'est pas obligé par l'acte que la femme fait avec son autorisation. C'est l'application du vieil adage : *Qui autorise ne s'oblige pas*. La raison en est qu'il n'y a pas d'obligation sans consentement; or celui qui autorise consent bien à ce que la personne autorisée s'oblige, mais il n'entend pas s'obliger, lui. L'autorisation, dans l'espèce, n'a d'autre but et d'autre effet que de couvrir l'incapacité de la femme (n° 151).

Il y a exception quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté; les créanciers ont, dans ce cas, action contre le mari, en vertu de l'acte que la femme a fait avec son autorisation (art. 1419). Nous expliquerons l'exception au titre du *Contrat de mariage* (n° 152). L'autorisation de justice n'a point d'effet à l'égard du mari, quand même les époux seraient communs en biens (art. 1426). Nous reviendrons sur ce principe au titre qui est le siége de la matière (n° 153).

213. Les actes faits par la femme sans autorisation sont nuls, On a remarqué que la loi ne prononce pas la nullité (*supra*, n° 19); elle se borne à décider quel est le caractère de la nullité (art. 225). La nullité résulte des termes prohibitifs dans lesquels la loi établit l'incapacité de la femme. Elle est relative; le code exige l'au-

torisation, comme conséquence de la puissance maritale, et comme garantie des intérêts de la femme et de la famille; par suite, la nullité ne peut être opposée que par la femme, par le mari et par leurs héritiers. La femme le peut parce qu'elle est incapable, le mari parce que son autorité a été méconnue, les héritiers parce que la nullité est établie dans l'intérêt de la famille (nº 154).

Les tiers ne peuvent se prévaloir du défaut d'autorisation. Quand ils sont parties au contrat, ils sont repoussés par l'article 1125, aux termes duquel les personnes capables ne peuvent opposer l'incapacité de la femme mariée avec qui ils ont contracté. S'ils ne sont pas parties au contrat, ils ne peuvent se prévaloir de la nullité, parce qu'elle est relative et qu'elle n'a pas été introduite en leur faveur (nº 155) (*supra*, nº 20).

En quel sens les actes passés par la femme sont-ils nuls? La question est de savoir ce que le demandeur doit prouver pour obtenir l'annulation de l'acte. Le code décide que les actes faits par l'interdit sont nuls de droit (art. 502); ce qui veut dire que l'acte doit être annulé, par cela seul qu'il a été passé par un interdit sans que l'on doive prouver que l'interdit a été lésé. Il en est de même des actes passés par la femme. Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas que la femme prouve la lésion comme elle l'exige, en général, des mineurs? Parce que la nullité est fondée, en partie, sur ce que la puissance maritale a été méconnue; cela n'a rien de commun avec la lésion (nº 157).

214. La nullité résultant du défaut d'autorisation peut être couverte par la confirmation comme toutes les nullités. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*. Si la femme confirme avec autorisation maritale, l'acte deviendra pleinement valable. Si le mari confirme sans le concours de sa femme, la confirmation validera-t-elle l'acte à l'égard de celle-ci? A notre avis, oui. L'autorisation est un consentement donné à l'acte que la femme veut passer; or, la confirmation vaut consentement, en ce sens qu'elle efface le vice qui résultait du défaut d'autorisation. Le code lui-même explique ce principe dans l'article 183, auquel nous renvoyons (*supra*, nº 174) (nºs 165, 166).

CHAPITRE VII.

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Sommaire.

215. Le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et par le divorce (art. 227). D'après le code Napoléon, la mort civile était aussi une cause de dissolution du mariage; elle est abolie en Belgique et en France. La séparation de corps laisse subsister le mariage, dont elle relâche seulement le lien.

TITRE VI.

DU DIVORCE.

Sommaire.

216. Le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité; en principe il est donc indissoluble. C'est par exception que le code admet la dissolution du mariage par le divorce. Quels sont les motifs de l'exception? Au point de vue moral, le mariage est l'union des âmes; il y a lieu de le rompre quand l'union fait place à la discorde et à la haine. L'unité de sentiments qui fait l'essence du mariage se manifeste par des devoirs que la loi a consacrés, et qui par là sont devenus des obligations juridiques. Aux termes de l'article 212, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. L'article 213 ajoute que le mari doit protection à sa femme, et la femme obéissance à son mari; d'après l'article 214, la femme est obligée d'habiter avec le mari; de son côté, le mari est tenu de la recevoir. Si l'un des époux enfreint ces obligations, l'union est détruite, elle n'atteint plus le but

pour lequel elle a été contractée; elle devient, au contraire, un obstacle qui empêche les époux de remplir leur destinée. Dès lors l'époux lésé doit avoir le droit de demander la dissolution du mariage. La rupture légale du mariage par le divorce ne fait que constater la rupture morale ; c'est celle-ci qui est le vrai fondement du divorce.

La religion catholique n'admet pas le divorce; sous l'influence des croyances religieuses, il a été aboli en France. L'orateur du gouvernement dit très-bien que la seule question est de savoir si le divorce doit être préféré à la séparation de corps, que le droit canonique admet. Treilhard répond que la séparation de corps ne maintient le mariage qu'en apparence; c'est une véritable fiction. Qu'est-ce que le mariage, sinon la vie commune? Or, la séparation brise cette communauté d'existence aussi bien que le divorce; et elle ne donne pas satisfaction au droit des époux, ni à l'intérêt social. Le mariage est un droit : c'est l'union de deux êtres qui se complètent l'un l'autre et qui travaillent de concert à leur perfectionnement, but de notre existence. Dès que le mariage ne peut plus atteindre ce but, le droit absolu des conjoints est d'en demander la dissolution. La séparation de corps est un aveu du mal, et elle n'y apporte aucun remède. Les époux sont condamnés au célibat forcé, c'est-à-dire à l'immoralité. Peut-on appeler mariage un état dans lequel les époux rivalisent de mauvaises passions? Mieux vaut le rompre, et permettre aux époux une nouvelle union (n[os] 171-176).

217. Le divorce a lieu pour cause déterminée et par consentement mutuel. On entend par *causes déterminées* des faits qui constituent une infraction grave aux obligations qui naissent du mariage : ce sont l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation à une peine infamante. On peut y ajouter le divorce qui est la conséquence de la séparation de corps.

Le divorce a aussi lieu par *consentement mutuel :* cette expression ne rend pas la pensée du législateur; il n'entend pas assimiler le mariage aux contrats pécuniaires qui se forment et qui se dissolvent par le consentement. Nous dirons plus loin quelle est la théorie du code (n° 177).

CHAPITRE Ier.

DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

---

§ I. *Des causes.*

Sommaire.

218. 1° « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme » (art. 229). « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari; lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune (art. 230). » Quel est le motif de la différence que la loi établit entre les deux époux? On dit que les mœurs et les lois demandent à la femme une pudeur qu'elles n'exigent pas de l'homme. En supposant qu'il en soit ainsi, qu'est-ce que cela a de commun avec les causes de divorce? L'adultère est une cause de divorce, parce que c'est une violation d'un devoir essentiel qui résulte du mariage. Or, l'homme promet fidélité à sa femme : cela veut-il dire qu'il pourra adultérer tant qu'il voudra, pourvu qu'il ne tienne pas sa concubine dans la maison commune? On dit encore que l'infidélité de la femme peut avoir des conséquences plus graves que l'adultère du mari. Soit : c'est une raison pour lui infliger une peine plus forte. Mais en matière de divorce, il ne s'agit pas de peine; il s'agit de la violation d'un engagement réciproque, et sous ce rapport, les torts des deux époux sont certes les mêmes; donc le droit qui en résulte pour la partie lésée devrait aussi être le même (n° 179).

219. 2° « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre » (art. 231). Par *excès* on entend un *attentat à la vie;* ces mots se trouvaient dans le projet; on les a remplacés par le mot

excès, parce que, disait-on, l'époux qui demanderait le divorce pour attentat à la vie provoquerait par cela même une poursuite criminelle qui conduirait son conjoint à l'échafaud. La rédaction actuelle exprime la même idée, mais d'une manière couverte; ce qui, en définitive, revient au même; car le demandeur doit prouver les faits, et dès que ces faits constituent un crime, le ministère public doit poursuivre (n° 186).

Le mot *sévices* indique des actes de cruauté. Puisqu'il est joint au mot *excès,* il en faut conclure qu'il ne s'agit pas de faits qui mettent la vie du conjoint en danger : ce sont donc de mauvais traitements, des coups et blessures (n° 187).

Toute *injure* n'est pas une cause de divorce; il faut qu'elle soit *grave*. C'est une question de fait. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'injure doit impliquer une violation des devoirs conjugaux; car c'est cette violation qui est la vraie cause du divorce. Il faut appliquer le même principe aux faits injurieux : tel est le refus du mari de recevoir la femme dans le domicile conjugal, et le refus de la femme de cohabiter avec son mari. D'ordinaire, ce refus est une injure tout ensemble et une violation d'un devoir essentiel des époux. Toutefois c'est une question de fait, le juge doit apprécier les motifs du refus. La solution dépend donc toujours des circonstances de la cause (n°s 190 et 195).

220. 3° « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce » (art. 232). Au conseil d'Etat, on a motivé cette disposition comme suit : « Vouloir que l'époux honnête et délicat vive avec un époux coupable et flétri, c'est vouloir réunir un homme vivant à un cadavre. » On ajoutait que cette cause devait surtout être admise chez une nation dont l'honneur paraît être le sentiment dominant. A notre avis, cette cause de divorce n'existe plus en Belgique. Pour que l'article 232 puisse être appliqué, il faut une condamnation à une peine infamante. D'après le code pénal de brumaire an IV, il y avait des peines infamantes, ainsi que d'après le code de 1810. Notre nouveau code pénal ne connaît plus de peines infamantes, il n'y a donc plus d'infamie légale; partant, le texte et l'esprit de l'article deviennent inapplicables. Du reste la disposition est peu morale. Quand l'un des époux faillit, son conjoint doit lui tendre une main secourable, pour le relever,

et non pour le repousser comme un cadavre vivant (n° 197).

221. 4° « Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut demander le divorce, et le tribunal doit l'admettre si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation » (art. 310). Treilhard a exposé les motifs de cette disposition : « L'époux qui a obtenu la séparation de corps a choisi la voie de la séparation comme la plus conforme à sa croyance. Doit-il avoir le droit de la maintenir pour toujours? Cela ne serait pas juste, dans le cas où son conjoint ne partage pas ces croyances. En effet, ce serait l'obliger à un célibat forcé pendant toute la vie de l'autre époux. Une pareille interdiction serait contraire au droit que tout citoyen a de se marier. Celui qui a obtenu la séparation ne peut pas se plaindre, car il dépend de lui d'éviter le divorce en rétablissant la vie commune. » Ces raisons sont mauvaises. Si la loi permet la séparation de corps à l'époux catholique dont la croyance s'oppose au divorce, elle devrait maintenir la séparation, comme l'exercice d'un droit, tandis qu'elle autorise l'époux coupable à imposer le divorce à l'époux innocent, au mépris de ses scrupules religieux. Vainement dit-on que l'époux innocent peut empêcher le divorce en rétablissant la vie commune. C'est là une nouvelle iniquité. Presque toujours c'est la femme qui aura demandé la séparation par scrupule de conscience. Supposons qu'elle l'ait obtenue pour adultère du mari; celui-ci continue à tenir sa concubine chez lui, puis il somme sa femme de venir partager le domicile conjugal souillé par l'adultère. Et l'on dira que la femme a tort de ne pas consentir au rétablissement de la vie commune ! La loi la place donc dans la cruelle alternative ou de reprendre une vie commune rendue impossible par l'infamie de son mari, ou de subir le divorce malgré le cri de sa conscience (n° 198).

222. Comment se prouvent les faits qui constituent les causes du divorce? D'après les règles que le code établit au titre des *Obligations*, règles générales de leur nature. Cela est d'évidence en ce qui concerne la preuve littérale. La preuve testimoniale est indéfiniment admissible ; la restriction de l'article 1341 ne reçoit pas d'application aux faits purs et simples pour lesquels

le divorce peut être demandé : nous reviendrons sur le principe, au titre qui est le siége de la matière. Par suite, le juge peut se décider par des présomptions (art. 1353), ce qui lui permet de se prévaloir de la correspondance des parties, quoique les lettres ne soient pas des actes, c'est-à-dire des écrits destinés à faire preuve des faits qui y sont mentionnés. Le serment ne peut être déféré, malgré les termes absolus de l'article 1356, car le serment est une transaction, et l'on ne transige pas sur des questions d'ordre public. On admet aussi que l'aveu ne peut être invoqué, parce que ce serait faire dépendre le divorce de la collusion des époux ; toutefois le juge peut en tenir compte, puisqu'il a un pouvoir illimité quand il s'agit de présomptions; il les puise où il veut (nos 201, 205-207).

223. Les causes de divorce peuvent être effacées par la réconciliation; il en résulte une fin de non-recevoir contre la demande en divorce, c'est-à-dire que la demande est rejetée comme n'ayant plus de fondement légal : « L'action est éteinte par la réconciliation des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce » (art. 272). Cette disposition est fondée sur la nature de l'action en divorce. Les faits qui donnent lieu au divorce constituent une injure, or l'injure s'efface par le pardon ; quand l'époux offensé pardonne à l'époux coupable, il n'y a plus de cause de divorce (nos 208, 209). Si le demandeur nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en doit faire la preuve. L'article 274 dit que cette preuve se fait soit par écrit, soit par témoins, dans la forme prescrite en la Ire section du présent chapitre.

La réconciliation éteint l'action en divorce; toutefois, dit l'article 273, le demandeur pourra en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. La raison en est que la réconciliation implique une convention : l'époux qui pardonne les offenses le fait parce que son conjoint lui promet d'être à l'avenir fidèle à son devoir. S'il manque à cette promesse, le pardon est considéré comme non avenu. De là suit que les nouveaux torts ne doivent pas être assez graves pour autoriser par eux-mêmes le divorce; il suffit que les faits prouvent que l'époux coupable a manqué à sa promesse; dès lors la

convention est rompue, et l'autre conjoint rentre dans tous ses droits (n° 212).

§ II. *De l'action en divorce.*

Sommaire.

224. L'action ne peut être intentée que par les époux.
225. Elle doit toujours être portée devant le tribunal civil.
226. La procédure est soumise à des règles spéciales. Dans quel but ?
227. Mesures préliminaires. Tentatives réitérées de conciliation.
228. L'instance judiciaire.
229. L'enquête.
230. Le jugement.

224. L'action appartient aux deux époux (art. 229-232), et elle ne peut être formée que par eux. Il va sans dire que les créanciers ne peuvent l'intenter; c'est la plus personnelle des actions, elle se fonde sur une injure, que le conjoint lésé peut toujours pardonner; et les créanciers ne peuvent pas exercer les droits de leur débiteur qui sont exclusivement attachés à sa personne. L'action s'éteint par la mort. Les héritiers ne peuvent pas la former, ni continuer celle qui aurait été intentée par leur auteur. La mort dissout le mariage, dès lors l'action en divorce ne se conçoit plus. Il est vrai qu'il y a des effets pécuniaires attachés au divorce; l'époux coupable perd les avantages que son conjoint lui avait faits; mais ces effets n'existent que lorsque le divorce est prononcé; or, il est impossible que le divorce soit prononcé après que le mariage est dissous par la mort (n°s 216 et 217).

225. L'action en divorce est toujours portée devant les tribunaux civils, quand même les faits sur lesquels elle est fondée constitueraient des délits. C'est la disposition de l'article 234; elle ne déroge pas aux principes qui régissent l'action civile. Celle-ci peut être portée devant le tribunal qui connaît du délit, parce qu'elle a pour objet les dommages-intérêts résultant du délit. Il n'en est pas de même de l'action en divorce; elle ne naît pas d'un délit, elle est fondée sur la violation d'un devoir conjugal. Le demandeur ne réclame pas de dommages-intérêts; il demande la dissolution du mariage; le juge est donc appelé à décider une question d'état; dès lors, l'action doit être portée devant les tribunaux civils (n° 218). Si le fait pour lequel le di-

vorce est demandé constitue un crime ou un délit, le ministère public peut et doit le poursuivre. Dans ce cas, l'action en divorce est suspendue jusqu'à ce que le tribunal ait porté sa décision (art. 235). C'est une application du principe que le criminel tient le civil en état; la loi veut prévenir la contrariété des décisions judiciaires; le tribunal civil pourrait décider que les faits ne sont pas établis, tandis que le tribunal criminel les admettrait comme constants. Si l'époux est acquitté au criminel, le procès civil reprendra son cours, car il peut ne pas y avoir délit, et néanmoins il peut exister une cause déterminée du divorce. Si l'époux est condamné, le jugement servira de preuve au demandeur en divorce (n° 220).

226. La procédure en divorce est réglée par le code civil. Elle est soumise à des formes spéciales. Le législateur n'aime pas le divorce; il cherche à l'empêcher en prescrivant des tentatives réitérées de conciliation; il veut qu'une sage lenteur donne aux passions le temps de se calmer. « Tandis que, dans les matières ordinaires, l'accès des tribunaux ne saurait être trop facile, ni la procédure trop rapide, dans la procédure en divorce, la loi ralentit la marche de l'instruction, afin que les parties aient à chaque pas l'occasion de réfléchir et de s'arrêter. » C'est dans ces termes que l'orateur du gouvernement a exposé l'esprit de la loi (n° 221).

227. Toute action civile doit, en principe, être précédée d'un préliminaire de conciliation. En matière de divorce, le législateur montre encore plus de sollicitude pour prévenir le procès. Afin de donner plus de poids à ces tentatives de conciliation, le code en charge, non le juge de paix, mais le président du tribunal. Le demandeur doit se présenter en personne devant lui et lui remettre la demande, avec les pièces à l'appui, s'il en a. La demande doit détailler les faits; le président doit les connaître pour qu'il puisse remplir sa mission de conciliateur; l'époux contre lequel la demande est formée doit aussi connaître exactement les faits qu'on lui impute (art. 236). Le président entend le demandeur et lui fait les observations qu'il croit convenables (art. 237). Si le demandeur persiste à agir, le président dresse procès-verbal de la remise et ordonne que les parties comparaîtront en personne devant lui. Copie de cette ordonnance est par lui adressée à l'époux contre lequel le divorce est demandé

(art. 236 et 238). Au jour indiqué, les deux époux doivent se présenter devant le président, qui leur fait les représentations propres à opérer un rapprochement. Il doit les faire au demandeur seul, quand il est seul comparant (art. 239). Si le magistrat ne parvient pas à concilier les parties, il dresse procès-verbal et ordonne la communication de la demande au procureur impérial, et le référé du tout au tribunal. Dans les trois jours, le tribunal, sur le rapport du président et sur les conclusions du ministère public, accorde la permission de citer ; il peut aussi la suspendre pendant vingt jours (art. 239 et 240). La suspension est une de ces sages lenteurs que la loi prescrit dans la procédure en divorce, afin de donner aux parties le temps de la réflexion (nos 224-228).

228. Le demandeur, quand il en a obtenu la permission, fait citer le défendeur à comparaître en personne à l'audience ; la comparution a lieu à huis clos (art. 241). Il importe d'éviter la publicité, parce que, une fois la cause du divorce rendue publique, la réconciliation devient presque impossible, et le législateur la favorise alors même qu'il n'ordonne plus de la tenter. Les parties doivent comparaître en personne. Que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur exposera les motifs de sa demande, ou les fera exposer par son conseil ; il représente les pièces qui l'appuient, il nomme les témoins qu'il se propose de faire entendre (art. 241, 242). Si le défendeur comparaît, il peut proposer ses observations tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. La loi lui permet de comparaître par un fondé de pouvoir. Il nommera, de son côté, les témoins qu'il veut faire entendre, et sur lesquels le demandeur pourra faire également ses observations (art. 243).

Il est dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire (art. 244). Puis le tribunal renvoie les parties à l'audience publique (art. 245). Au jour indiqué, le juge commis fait son rapport et le ministère public prend ses conclusions. Le tribunal statue d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. Si elles sont trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée. S'il n'a pas été proposé des fins de non-recevoir, ou

si elles sont rejetées, la demande en divorce sera admise (art. 246). Immédiatement après le jugement qui admet la demande en divorce, le tribunal en rend un second par lequel il fait droit à la demande, si elle lui paraît en état d'être jugée; sinon il admet le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire (art. 247) (n°s 229-232).

229. L'enquête est le moyen ordinaire de prouver les faits qui servent de base à la demande en divorce. D'après l'article 247, le tribunal doit examiner avant tout si les faits articulés par le demandeur sont pertinents, vraisemblables, et s'ils sont assez graves pour constituer une cause de divorce; si les faits ne présentent pas ces caractères, la demande doit être rejetée (n° 233).

Les parties ont dû, dès le début de l'instance judiciaire, nommer les témoins qu'elles se proposent de faire entendre. Après la prononciation du jugement qui ordonne l'enquête, le greffier donne lecture des noms des témoins. Le président avertit les parties qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment, elles n'y seront plus reçues (art. 249).

Qui peut être témoin? D'après le droit commun, les parents et alliés des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ainsi que leurs serviteurs et domestiques, peuvent être reprochés (code de proc., art. 283). En matière de divorce, le code admet leurs témoignages (art. 251). Cette exception était une nécessité : les faits qui constituent les causes du divorce se passant presque toujours dans l'intimité de la famille, ne peuvent être prouvés que par le témoignage de ceux qui vivent dans la famille. Toutefois la loi ajoute que le tribunal aura tel égard que de raison aux témoignages des parents et des domestiques. Ces dépositions sont d'ordinaire passionnées et intéressées, chacun des témoins prenant parti pour l'un ou l'autre des époux; le juge doit donc mettre la plus grande circonspection dans l'appréciation de leurs témoignages (n° 234).

Les parties doivent proposer de suite les reproches contre les témoins qu'elles veulent écarter; le tribunal statue, après avoir entendu le ministère public (art. 250). Le jugement qui admet une preuve testimoniale doit dénommer les témoins qui seront entendus, et déterminer le jour et l'heure auxquels les parties les présenteront. Par dérogation au droit commun (code de proc.,

art. 255), c'est, non le juge commis, mais le tribunal qui reçoit les dépositions (art. 253). Tout dépend des témoignages, et l'appréciation des dépositions est chose si délicate, en cette matière, qu'il est nécessaire que le tribunal entende et voie les témoins. Les témoins ne peuvent être entendus que sur les faits allégués par les parties et déclarés pertinents par jugement (nos 236 et 237).

Les parties, par elles ou par leurs conseils, peuvent faire aux témoins telles interpellations et observations qu'elles jugeront à propos (art. 254). Chaque déposition est rédigée par écrit, ainsi que les diverses observations auxquelles elle aura donné lieu (art. 255). Le code de procédure prescrit beaucoup d'autres formes; il est de principe qu'elles ne doivent pas être observées, au moins sous peine de nullité; le code civil établissant une procédure spéciale en matière de divorce, il n'y a pas lieu de recourir au droit commun (nos 238 et 239).

Après la clôture de l'enquête, le tribunal renvoie les parties à l'audience publique; il ordonne la communication de la procédure au ministère public, et commet un rapporteur (art. 256) (no 240).

230. Au jour fixé, le juge commis fait son rapport (art. 257). Les parties font ensuite, par elles-mêmes ou par leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause. C'est le droit commun; la loi y met cependant une restriction : le conseil du demandeur n'est admis que si le demandeur comparaît en personne (art. 257 et 248). Le débat est essentiellement personnel; il convient donc que le demandeur y figure. Quant au défendeur, il peut s'y faire représenter par un fondé de pouvoir (art. 243). Il importe de ne pas mettre l'époux coupable en présence du demandeur; c'est une occasion d'irritation de moins. Après les plaidoiries des parties, le ministère public donne ses conclusions. Si la cause du divorce est établie, le tribunal doit l'admettre. Toutefois si la demande est formée pour excès, sévices ou injures, le juge peut ne pas admettre immédiatement le divorce, s'il a l'espérance qu'une séparation provisoire calmera les passions et réconciliera les époux. Dans ce cas, il autorisera la femme à quitter la compagnie de son mari, sans qu'elle soit tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos. L'épreuve dure un an; si apres ce délai les époux ne se sont pas réunis, le demandeur peut faire

citer l'autre époux à comparaître au tribunal dans le délai de la loi, et sur cette citation, le tribunal devra prononcer le divorce (n°s 242 et 243).

Le jugement définitif doit être prononcé publiquement. Si le divorce est admis, le demandeur est autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (art. 258). Ce n'est pas le tribunal qui prononce la dissolution du mariage, c'est l'officier de l'état civil. On a pensé que l'officier qui célèbre le mariage en déclarant les époux unis au nom de la loi, doit aussi rompre leur union (n° 251).

Le jugement contradictoire ou par défaut peut être attaqué par l'appel. L'appel doit être interjeté dans les trois mois; il est suspensif, de même que le recours en cassation (art. 263 et 264). En cas d'appel, la cause est instruite et jugée comme affaire urgente (art. 262). L'arrêt ou le jugement passé en force de chose jugée doit être exécuté dans les deux mois (art. 264-265). D'après le droit commun, celui qui a obtenu gain de cause est libre d'user de son droit quand il veut. La loi ne laisse pas cette faculté à celui qui a obtenu le divorce, il importe de mettre fin à ces affligeants débats le plus tôt possible. Le délai de deux mois est fatal. Si le demandeur ne fait pas prononcer le divorce dans ce délai, il est déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu. C'est une réconciliation tacite. L'époux demandeur ne pourra reprendre l'action en divorce que pour cause nouvelle (art. 266) (n° 250).

§ III. *Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.*

Sommaire.

231. Pendant l'instance, le mariage subsiste avec tous ses effets.
232. A qui les enfants sont-ils confiés?
233. De la résidence provisoire de la femme.
234. Quand la femme peut-elle réclamer une pension alimentaire?
235. Des mesures conservatoires que la femme peut prendre.

231. Pendant le cours de l'instance, et jusqu'à la prononciation du divorce, le mariage subsiste avec toutes ses conséquences légales. Le mari conserve la puissance maritale et la puissance paternelle. De même, rien n'est changé aux conventions matri-

moniales. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari en reste maître et seigneur; il peut dont aliéner les biens communs. Mais comme ces actes pourraient être faits en fraude des droits de la femme, la loi permet à celle-ci d'en demander la nullité (art. 271) : c'est le droit commun de l'article 1167, que nous exposerons au titre des *Obligations* (n°s 252-253).

232. La loi prescrit quelques mesures provisoires que la nature de la demande en divorce rend nécessaires. En principe, les enfants restent au mari. Toutefois la loi admet une exception : le tribunal peut ordonner, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, soit du procureur impérial, que les enfants soient remis à la mère ou à une tierce personne. La loi ajoute : pour le plus grand avantage des enfants (art. 267). Le tribunal décide d'après les circonstances et avec un pouvoir discrétionnaire (n°s 254 et 255).

233. L'article 268 porte : « La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite. » On comprend que l'obligation de la vie commune ne peut subsister pendant l'instance en divorce; la paix de la famille serait troublée à chaque instant, et la sûreté même de la femme serait compromise. La loi ajoute que le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider. C'est une obligation pour la femme : elle doit justifier de sa résidence toutes les fois qu'elle en est requise. A défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire qu'il doit lui payer, et si la femme est demanderesse, elle peut être déclarée non recevable à continuer ses poursuites (art. 269), aussi longtemps qu'elle ne satisfait pas à l'obligation qui lui est imposée (n°s 257-259).

234. La femme qui quitte le domicile de son mari pendant la poursuite pourra demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de son mari; le tribunal fixe, s'il y a lieu, la provision que le mari sera obligé de lui payer (art. 268). Si la femme n'a pas de revenus, il faut naturellement que le mari lui paye une pension alimentaire, pour qu'elle puisse subvenir à ses besoins pendant le cours du procès. Mais si la femme a des revenus suffisants, il n'y a pas lieu de lui accorder des aliments. Cela dépend de la fortune de la femme et des conventions matrimo-

niales. La pension est fixée d'après le droit commun qui régit l'obligation alimentaire (nos 260 et 261).

235. La femme peut requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté pour la conservation de ses droits (art. 270). Nous avons dit qu'elle a l'action paulienne (*supra*, n° 231). C'est une garantie insuffisante quand il s'agit d'effets mobiliers, qui se divertissent trop facilement. L'apposition des scellés a pour effet de défendre au mari d'aliéner; les scellés ne sont levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à charge par le mari de représenter les choses inventoriées, ce qui implique qu'il n'en peut pas disposer; s'il ne les représente pas, il répond de leur valeur comme gardien judiciaire (art. 270) (n° 265).

CHAPITRE II.

DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

Sommaire.

236. Théorie du divorce par consentement mutuel. Critique du code.
237. Quelles sont les conditions requises et les mesures préliminaires?
238. Procédure. Tentatives de conciliation. Jugement. Prononciation du divorce.

236. Le divorce par consentement mutuel a été admis par le conseil d'Etat, non comme la dissolution du mariage par la volonté des époux, mais par la raison que le consentement, tel qu'il est organisé, prouve qu'il existe une cause légitime de divorce. Il y a des causes que l'époux lésé ne peut pas rendre publiques, ce sont les excès et l'adultère. L'excès est un attentat à la vie : comment veut-on que l'époux qui en est victime en fasse la preuve, alors que la preuve entraînerait contre son conjoint la peine de mort? Quant à l'adultère, le mari qui s'en plaindrait se couvrirait de honte et de ridicule : nos mœurs sont telles. Il n'y a qu'un moyen pour les époux d'obtenir le divorce sans scandale, c'est de le demander par consentement mutuel, sauf à la loi à l'entourer de conditions si rigoureuses, que l'on doit admettre l'existence d'une cause de divorce. Dans l'esprit de la loi, le consen-

tement n'est pas la *cause* du divorce, c'est un signe que le divorce est devenu nécessaire (nos 273 et 274).

Les faits n'ont guère répondu à cette théorie. Les tribunaux retentissent des accusations les plus scandaleuses : au lieu de reculer devant le scandale, on le recherche. Quant au divorce par consentement mutuel, c'est, en réalité, la dissolution du mariage par incompatibilité d'humeur. Les auteurs du code ont été eux-mêmes inconséquents. On y lit : « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la *vie commune leur est insupportable*, et qu'il *existe*, par rapport à eux, *une cause péremptoire de divorce.* » Il se peut que la vie commune devienne insupportable parce qu'il existe une cause de divorce : c'est la théorie. Mais le plus souvent, on peut dire toujours, la vie commune devient insupportable aux époux par suite de la mobilité des passions humaines; les froissements et les dégoûts sont inévitables quand l'affection a fait place à l'indifférence. Ce qui revient à dire que le divorce par consentement mutuel est réellement une volonté contraire qui rompt le mariage (nos 275 et 276).

237. Les conditions rigoureuses que le législateur prescrit ne répondent pas toutes au but que le législateur a eu en vue : 1° Il faut que le mari ait vingt-cinq ans et la femme vingt et un ans (art. 275). Quel est le motif de cette première condition ? « Il faut, dit l'orateur du gouvernement, laisser aux époux le temps de *se connaître* et de *s'éprouver ;* on ne doit pas recevoir leur consentement, tant que l'on peut supposer qu'il est une suite de la *légèreté de l'âge.* » Cela est vrai si le divorce est fondé sur une incompatibilité d'humeur. Cela n'est pas vrai si l'on suppose qu'il y a une cause péremptoire de divorce (nos 275-277).

2° « Le consentement mutuel n'est admis qu'après deux ans de mariage » (art. 276). Cette condition n'a rien de commun avec une cause péremptoire de divorce : elle ne s'explique que comme une épreuve imposée aux époux, pour voir si leurs humeurs sont compatibles.

3° « Il ne pourra plus y avoir de divorce par consentement mutuel, après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans » (art. 277). Au conseil d'Etat, on avoua

que la condition relative aux vingt ans de mariage s'expliquait parce que l'incompatibilité d'humeur était la cause réelle de ces divorces et qu'il n'était pas raisonnable de l'admettre après que les époux ont vécu pendant vingt ans en bonne intelligence. Quant à la condition concernant l'âge de la femme, elle n'a aucune raison d'être; retranchée au premier vote, elle fut reproduite depuis, on ne sait pourquoi, et adoptée, sans que l'on en sache la raison. L'orateur du Tribunat, en guise de motifs, fait des phrases qui ne sont qu'un vain bruit de paroles (n° 277).

4° « Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs père et mère ou par leurs autres ascendants vivants, suivant les règles prescrites par l'article 150 » (art. 278). On dit que c'est une garantie contre l'abus du divorce. Soit. Mais ce n'est certes pas une preuve qu'il existe une cause déterminée du divorce, que les époux et les deux familles veuillent cacher (n° 278).

L'autorisation doit être donnée par acte authentique (art. 283) et renouvelée trois fois, comme le consentement des époux (art. 285). Pour expliquer cette rigueur, on a dit au conseil d'Etat que la loi voulait donner aux ascendants le moyen de revenir sur un consentement ou surpris, ou trop facilement accordé (n° 278). La supposition se comprend dans le système de l'incompatibilité d'humeur; elle ne se conçoit guère si l'on admet qu'il y a des causes cachées aussi graves que l'attentat à la vie ou l'adultère.

5° Les époux sont tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles (art. 279). Cette obligation a pour but d'assurer l'exécution de l'article 305 qui attribue aux enfants la propriété de la moitié des biens des époux (n° 279).

6° Les époux doivent aussi régler leurs droits respectifs résultant des conventions matrimoniales (art. 279).

7° Enfin les époux doivent constater leurs conventions sur les trois points suivants : 1° à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé; 2° dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves; 3° quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si

elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins (art. 280).

238. La procédure commence par une tentative de conciliation. Les époux doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal ; il leur fait la déclaration de leur volonté en présence de deux notaires amenés par eux (art. 281). Le juge leur fait telles représentations et exhortations qu'il juge convenables; il leur fait connaître toutes les conséquences du divorce. S'ils persistent dans leur résolution, le président leur donne acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement. Les époux doivent alors déposer entre les mains des notaires les actes prescrits par les articles 279 et 280 (*supra*, n° 237) : de plus, 1° les actes de leur naissance et de leur mariage; 2° les actes de naissance et de décès des enfants nés de leur union ; 3° l'autorisation de leurs ascendants (art. 283, et n° 237). La production de ces actes est requise, afin que le tribunal puisse s'assurer si les conditions prescrites par la loi ont été remplies. Les notaires dressent procès-verbal de tout ce qui s'est passé. Il y est fait mention de l'avertissement que le président donne à la femme de se retirer dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé (art. 284). Cette tentative de réconciliation est renouvelée trois fois (art. 285).

La loi prescrit encore une dernière tentative de réconciliation. Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, se présentent ensemble chez le président. Ils lui remettent les expéditions des quatre procès-verbaux constatant leur consentement ; puis ils requièrent du magistrat l'admission du divorce (art 286). Le juge et les quatre notables font leurs observations aux époux. Si ceux-ci persévèrent, il leur est donné acte de leur réquisition. Le greffier dresse procès-verbal, et le juge en réfère au tribunal en la chambre du conseil. Le ministère public prend ses conclusions par écrit; il conclut par cette formule légale : *La loi permet* ou *la loi empêche.* Il n'y a, du reste, aucun débat, car il n'y a pas de procès; ce sont les époux qui rompent leur union; le président est seulement appelé à les réconcilier, et le tribunal se borne à

vérifier si les conditions prescrites par la loi sont remplies. Quand il admet le divorce, il ne doit pas même motiver sa décision. La loi n'exige de motifs que lorsque le tribunal déclare qu'il n'y a pas lieu d'admettre le divorce (art. 289 et 290). Toutes les conditions doivent être observées sous peine de nullité. Cela est rigoureux, mais la rigueur est dans l'esprit de la loi, qui multiplie à dessein les formalités, afin d'entraver le divorce (n° 284).

La loi admet l'appel du jugement qui a rejeté le divorce, mais à condition d'être interjeté par les deux époux, ce qui est très-logique, puisque le divorce ne peut avoir lieu que par le concours de consentement (art. 291).

Si le divorce est admis, le juge renvoie les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. La loi veut que le divorce soit prononcé dans les vingt jours : après ce délai, le jugement sera considéré comme non avenu (art. 294).

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DIVORCE.

Sommaire.

239. Le divorce dissout le mariage, mais sans rétroactivité.

239. Le divorce dissout le mariage; du moment qu'il est prononcé par l'officier de l'état civil, le mariage cesse d'exister avec les effets que la loi et les conventions matrimoniales lui donnent. Mais si le mariage est dissous, il n'est pas annulé, ni résolu; la dissolution n'a d'effet que pour l'avenir. Le mariage a existé valablement, il produit ses effets jusqu'au moment où l'officier public en prononce la dissolution, et si ces effets sont de nature à se perpétuer, ils subsisteront. Les enfants conservent les droits que leur naissance et le mariage leur donnent. Les père et mère conservent la puissance paternelle; nous dirons plus loin par qui elle est exercée. Mais le mariage ne peut plus produire de nouveaux effets; ainsi, quand l'un des époux divorcés vient à mourir, l'autre ne lui succède pas, puisqu'il n'est plus époux (n° 287).

§ I. *Effets du divorce quant aux époux.*

Sommaire.

240. L'effet de tout divorce est que les époux divorcés peuvent se remarier. Toutefois, ce droit est soumis à des restrictions. D'abord les époux, pour quelque cause que le divorce soit prononcé, ne peuvent plus se réunir (art. 295). Les auteurs du code ont emprunté cette disposition à Montesquieu, qui l'a trouvée dans les lois du Mexique. On a craint que la nouvelle union ne devînt l'occasion de nouveaux scandales, et que les époux ne se fissent du divorce un jeu. La raison est assez mauvaise; le divorce est toujours un mal : pourquoi ne pas permettre aux époux de le réparer par leur repentir (n° 287)?

241. Quand le divorce est prononcé pour cause déterminée, il en résulte deux empêchements au mariage. La femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé (art. 296). Nous en avons dit la raison (*supra*, n° 151). Si le divorce est prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298). Rien de plus moral que cet empêchement; mais il est simplement prohibitif.

La femme adultère est condamnée, par le même jugement qui admet le divorce, à un emprisonnement de trois mois à deux années (art. 298). L'article 308 contient une disposition analogue pour la séparation de corps. C'est une exception au principe qui sépare la juridiction civile de la juridiction criminelle. L'anomalie n'a qu'une raison historique, sur laquelle il est inutile de s'arrêter (n° 291).

242. Le divorce par consentement mutuel produit un empêchement spécial au mariage : aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce (art. 297). Quand les époux divorcent par consentement mutuel, il n'y a pas de cause connue qui légitime la dissolution du mariage. Le législateur suppose qu'il existe une cause cachée; mais il se peut aussi qu'il n'y en ait pas et que les époux

ou l'un d'eux n'aient demandé le divorce que pour satisfaire une passion coupable. En leur défendant de se remarier dans les trois ans, on empêche les époux de spéculer sur le divorce. Mais l'empêchement est purement prohibitif (nº 292).

§ II. *Effets du divorce quant aux enfants.*

Sommaire.

243. A qui les enfants sont-ils confiés en cas de divorce pour cause déterminée? Droits des enfants.

244. A qui les enfants sont-ils confiés en cas de divorce par consentement mutuel? Droit spécial des enfants.

243. Quand le divorce a lieu pour cause déterminée, les enfants sont confiés à l'époux qui a obtenu le divorce (art. 302). La loi suppose que l'époux innocent est plus digne de diriger l'éducation des enfants que l'époux coupable. Mais la règle n'est pas absolue : « Le tribunal, sur la demande de la famille, ou du procureur impérial, peut ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. » L'article 303 ajoute : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants. »

Il suit de là que les père et mère conservent la puissance paternelle, mais l'exercice en est modifié. En principe, c'est le père qui exerce la puissance paternelle pendant le mariage (art. 373). Cette règle n'a plus de raison d'être lorsque le mariage est dissous par le divorce; la mère a alors un droit égal à celui du père. Mais le pouvoir égal étant impraticable, la loi confie les enfants à l'un des père et mère ou à un tiers, en maintenant à l'un et à l'autre le droit de surveillance, qui est inhérent à la puissance paternelle (nº 294).

Les enfants conservent leurs droits de succession (art. 304), ainsi que les père et mère à l'égard de leurs enfants (nº 295). Toutefois, l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd l'usufruit que la loi donne aux père et mère sur les biens de leurs enfants. C'est une peine que la loi prononce contre l'époux coupable (nº 296).

244. Quand le divorce est prononcé par consentement mutuel, les époux ont dû régler d'avance à qui leurs enfants seront confiés (art. 280). Mais les époux conservent la puissance paternelle, et ils n'y peuvent pas déroger, puisqu'elle est d'ordre public. Il faut donc appliquer ce que nous venons de dire du divorce pour cause déterminée (n° 297).

Les enfants conservent leurs droits légaux et conventionnels; la loi leur donne en outre un droit spécial et exceptionnel : « La propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage » (art. 305). L'orateur du gouvernement nous dit le motif de cette disposition. « Le divorce par consentement mutuel fait craindre que la légèreté et l'inconstance n'en abusent. Pour prévenir cet abus, la loi dépouille les conjoints de la moitié de leurs biens, laquelle passe aux enfants. C'est une garantie que le divorce ne sera demandé que pour les causes les plus irrésistibles » (n° 298). Les père et mère conservent la jouissance de ces biens jusqu'à la majorité de leurs enfants (n° 300).

§ III. *Effets pécuniaires du divorce.*

Sommaire.

245. Lorsque le divorce est prononcé pour cause déterminée, l'époux coupable est déchu des libéralités que son conjoint lui a faites.
246. Quand l'époux divorcé a-t-il droit à une pension alimentaire ?
247. Effets pécuniaires du divorce par consentement mutuel.

245. Quand le divorce a lieu pour cause déterminée, l'époux contre lequel il est prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté (art. 299). On lit dans l'Exposé des motifs : « L'époux coupable s'est placé au rang des ingrats : il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat, il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions. » L'époux qui obtient le divorce conserve, au contraire, les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réciprocité n'ait pas lieu ». Cette dernière disposition est tout à fait exceptionnelle. Les donations réciproques sont conditionnelles de leur nature; l'une est faite en vue de l'autre; elles devraient donc

tomber ensemble. Il y a une raison péremptoire de cette dérogation au contrat : la loi punit l'époux coupable pour avoir violé le contrat, et elle ne peut pas punir l'époux innocent (n° 301).

246. L'époux qui a obtenu le divorce peut demander une pension alimentaire (art. 301); la loi n'en donne pas à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. Cette distinction est fondée en droit et en équité. L'époux innocent peut invoquer les droits qui résultent du mariage; il conserve le droit aux aliments qu'il avait, tandis que l'époux coupable, ayant rompu le contrat, ne peut plus l'invoquer. On applique à la pension alimentaire de l'époux divorcé les principes qui régissent les aliments. L'article 301 contient une application du principe : « Si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder une pension alimentaire ». C'est dire, comme le fait l'article 205, que le droit aux aliments est subordonné aux besoins de l'époux divorcé. La loi tient aussi compte de la fortune de l'époux qui doit les aliments; elle veut que la pension ne dépasse pas le tiers de ses revenus. Si les besoins cessent, la pension sera révocable (nos 309 et 310).

247. Quant au divorce par consentement mutuel, les époux ont dû régler leurs droits respectifs avant de demander le divorce (art. 279). Nous avons dit que, s'il y a des enfants, la loi leur attribue la moitié des biens de leurs père et mère (*supra*, n° 244).

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

Sommaire.

248. Pourquoi le législateur l'a admise. Principe d'interprétation.

248. Les auteurs du code civil ont admis la séparation de corps par respect pour les croyances des catholiques, auxquels leur religion ne permet pas de demander le divorce. En ce sens, on a dit que la séparation de corps est le divorce des catholiques.

En réalité, il n'y a qu'une seule analogie entre les deux institutions, c'est que le divorce et la séparation se fondent sur une violation des devoirs qui naissent du mariage. Le législateur civil et l'Eglise ont cherché un remède au mal. Liée par son dogme, l'Eglise a repoussé le divorce en le remplaçant par la séparation de corps qui laisse subsister le lien du mariage, et rompt seulement la vie commune. Mais s'il y a analogie quant au mal, il n'y en a certes pas quant au remède. Le divorce dissout le mariage, et permet aux époux de contracter une nouvelle union, tandis que le mariage subsiste entre les époux séparés de corps. Il y a donc entre les deux institutions une différence radicale.

De là résulte une conséquence importante quant au principe d'interprétation. Le code ne contient que six articles sur la séparation de corps. Comment combler les lacunes? La jurisprudence française applique à la séparation de corps les dispositions du code sur le divorce, à moins qu'un texte ou la nature des choses ne s'y opposent. A notre avis, le principe est faux. Là où il n'y a aucune analogie, on ne peut admettre l'interprétation analogique. Il faut interpréter la séparation de corps par elle-même. L'application des dispositions du divorce n'est admissible que lorsqu'elles consacrent des principes généraux, ou des conséquences qui découlent de ces principes (n° 313).

§ I. *Des causes de la séparation de corps.*

Sommaire.

249. L'article 306 porte : « Dans les cas où il y a lieu à demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » En ce point il y a analogie légale; pour mieux dire, identité entre la séparation de corps et le divorce; on doit donc appliquer à la séparation de corps ce que nous avons dit du divorce pour cause déterminée (*supra*, nos 218-223).

L'article 307 ajoute que la séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Nous ne connaissons pas de bonne raison qui justifie la différence que la loi établit entre la séparation de corps et le divorce. On dit que la séparation de corps par consentement mutuel est inutile, puisque les époux sont libres de vivre séparément. Cela n'est pas exact. La vie commune est une obligation légale pour les époux, et ils ne peuvent s'en dispenser par une convention, puisque ce serait déroger à une loi d'ordre public (art. 6). Pour rompre la vie commune, il faut un jugement : tel est le but de la séparation de corps. Il s'agit de savoir pourquoi le code ne permet pas aux époux de demander la séparation de corps par consentement mutuel. La seule raison que l'on ait donnée, c'est l'intérêt des créanciers. La séparation de corps entraîne séparation de biens ; les époux pourraient demander la séparation de corps pour frauder les droits de leurs créanciers, parce que ceux-ci n'ont pas le droit d'intervenir dans une instance dont l'objet principal est une question d'état. Mais qu'est-ce qui empêchait le législateur de leur donner le droit d'intervenir, non pour combattre la demande des époux au point de vue des causes légales, mais pour prouver que les époux n'agissent que pour faire fraude à leurs droits (nº 314)?

250. Faut-il appliquer à la demande en séparation de corps les dispositions du code sur les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce? Oui, en tant qu'elles sont fondées sur un texte ou sur des principes généraux de droit (nº 318). Le code de procédure (art. 878) dit que le président du tribunal autorisera la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office. C'est le président qui accorde l'autorisation, et non le tribunal, comme en matière de divorce : la disposition du code de procédure est plus logique, puisqu'il s'agit d'une mesure urgente (nº 319). Quant aux demandes en provision, l'article 878 veut qu'elles soient portées à l'audience. Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit de la provision dans l'instance en divorce, nº 234 ; il s'agit de principes généraux régissant la créance alimentaire.

Peut-on appliquer à la femme demanderesse en séparation de corps ce que l'article 270 dit des mesures conservatoires que la femme demanderesse en divorce a le droit de requérir? A notre

avis, non; car l'article 270 déroge à la puissance maritale en altérant les droits que le mari a comme chef; ces droits sont d'ordre public, le juge n'y peut porter atteinte. C'est une lacune que le législateur seul a le pouvoir de combler (n° 323).

L'article 267 permet au tribunal de confier l'administration provisoire des enfants soit à la femme, soit à une tierce personne. Peut-on étendre cette disposition à la demande en séparation de corps? Non, à notre avis, car c'est une exception au droit commun; les tribunaux ne peuvent pas déroger aux lois d'ordre public. Il y a lacune : c'est au législateur de la combler (n° 326).

251. L'article 307 porte que la demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. Ici le législateur s'écarte entièrement de la prétendue analogie que l'on prétend exister entre le divorce et la séparation de corps. Le code de procédure (875-880) a dérogé à l'article 307 en appliquant à la séparation de corps quelques-unes des règles spéciales que le code établit en matière de divorce. En principe, c'est le droit commun qui doit recevoir son application. Cette matière est hors de notre cadre (n°s 327-343).

§ II. *Des effets de la séparation de corps.*

Sommaire.

252. Quels sont les effets de la séparation de corps entre époux?
253. A qui les enfants sont-ils confiés?
254. Quels sont les effets pécuniaires de la séparation de corps? L'article 299 est-il applicable?
255. Quand la séparation de corps cesse-t-elle?

252. Le code ne dit pas quels sont les effets de la séparation de corps quant aux époux. Cela était inutile, puisque le mot de *séparation de corps* contient toute la théorie de la loi. Les époux sont séparés de corps, ils restent époux; le mariage subsiste avec tous ses effets, sauf que la vie commune est rompue; tous les effets qui résultent de la vie commune cessent par conséquent (n° 344). Il va sans dire que la femme peut se choisir un nouveau domicile, puisqu'elle n'est plus tenue d'habiter avec son mari (n° 345).

L'article 212 dit que les époux se doivent mutuellement fidé-

lité, secours, subsistance. Ces devoirs subsistent, en principe, puisque le mariage subsiste. Il n'y a que le devoir moral d'assistance, dont l'accomplissement devient à peu près impossible, puisqu'il suppose une vie commune et une affection partagée (nos 344-348).

Nous avons déjà cité l'article 308 concernant la condamnation de la femme adultère; c'est la reproduction de l'article 298. L'article 309 ajoute que le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. Cela implique que les époux rétablissent la vie commune; il faut pour cela le consentement de la femme (n° 349).

253. Le code civil ne dit pas à qui les enfants seront confiés. Faut-il appliquer l'article 302 qui ordonne, en principe, de les confier à l'époux qui a obtenu le divorce? Non, à notre avis. Il s'agit de la puissance paternelle qui est d'ordre public : les tribunaux n'ont pas le droit de la modifier. En vain invoquerait-on l'analogie; l'article 302 suppose la dissolution du mariage, tandis que, entre époux séparés de corps, le mariage subsiste; si le mariage subsiste, tous les effets qu'il produit d'après la loi doivent être maintenus, or, l'article 373 dit que le père *seul*, pendant le mariage, exerce la puissance paternelle; cela est décisif. Il y a lacune : il n'appartient pas à l'interprète de la combler (n° 350).

254. « La séparation de corps emporte séparation de biens » (art. 311). Nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage* (n° 351). C'est tout ce que la loi dit des effets pécuniaires de la séparation de corps; il en faut conclure qu'elle n'en a pas d'autres. Tout le monde convient que l'on ne peut pas étendre à la séparation de corps l'article 386 qui déclare déchu de l'usufruit légal celui des père et mère contre lequel le divorce est prononcé : c'est une peine, et les peines ne s'étendent pas, quand même il y aurait analogie (n° 352). A notre avis, il en faut dire autant de l'article 299, aux termes duquel l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. La disposition est exceptionnelle, véritable peine que la loi prononce contre l'époux coupable. C'est une exception, car elle déroge au principe de l'irrévocabilité des donations. C'est une peine, car elle frappe l'époux coupable; l'époux innocent conserve ses avantages quand même ils auraient été

stipulés réciproques. Or, les exceptions et les peines ne s'étendent point; le législateur seul a ce pouvoir (n° 354).

255. La séparation de corps cesse du moment que les époux sont d'accord pour rétablir la vie commune. Le code ne le dit pas, mais il n'avait pas besoin de le dire. En effet, le jugement qui prononce la séparation de corps ne condamne pas les époux à vivre toujours séparés, il leur en donne seulement le droit. Or, ils sont libres de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en leur faveur. Loin d'empêcher la réunion des époux, le législateur la désire; aussi ne la soumet-il à aucune condition. C'est la raison pour laquelle il n'en parle pas. Il n'y a que l'un des effets de la séparation de corps qui ne peut cesser que sous certaines conditions, c'est la séparation de biens; le code en traite au titre du *Contrat de mariage*, art. 1451 (n° 357). Quand les époux se réunissent, la séparation de corps cesse avec tous ses effets, sauf que la séparation de biens continuera, jusqu'à ce que les époux y aient mis fin, conformément à la loi (n° 358).

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

Sommaire.

256. Qu'entend-on par filiation et par légitimité? Quels sont les faits qui constituent la filiation légitime? Comment les prouve-t-on?

256. On entend par *filiation* le lien qui rattache l'enfant à son père et à sa mère. Ce lien peut être légitime ou naturel. De là la distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle. Nous laissons pour le moment cette dernière de côté. La filiation légitime donne seule à l'enfant une famille et les droits importants qui en découlent, le nom, les ancêtres, puis les droits pécuniaires tout ensemble et moraux, le droit à l'éducation, aux ali-

ments, à l'hérédité : la destinée tout entière de l'enfant dépend de sa filiation. Quels sont les éléments qui constituent la filiation légitime, et comment les prouve-t-on?

La filiation légitime constitue la légitimité. Celle-ci est un effet du mariage. La première preuve à faire par l'enfant, en cas de contestation sur sa légitimité, c'est celle du mariage de l'homme et de la femme dont il se dit issu. Il doit ensuite prouver sa filiation; d'abord sa filiation maternelle, c'est-à-dire qu'il est né de telle femme qu'il dit être sa mère ; ensuite sa filiation paternelle, c'est-à-dire qu'il est né de tel homme, le mari de sa mère. Enfin l'enfant doit prouver qu'il est issu du mariage de ses père et mère, c'est-à-dire qu'il a été conçu pendant le mariage ou, du moins, qu'il est né pendant le mariage. Si l'identité de l'enfant était contestée, il devrait encore prouver que c'est lui qui est l'enfant issu de tel homme et de telle femme mariés.

Comment se prouvent ces divers éléments de la légitimité? Au titre du *Mariage*, nous avons dit comment il se prouve quand c'est l'enfant qui demande à faire la preuve que ses père et mère étaient mariés (*supra*, n°s 185-187). Parmi les autres faits qui constituent la légitimité, il y en a que l'on peut prouver d'une manière directe, comme on prouve toute espèce de faits. Telle est l'identité que l'on établit par certains faits de possession d'état. La filiation maternelle est encore un fait susceptible d'être prouvé directement, car il se manifeste par un signe extérieur, la grossesse, et par l'accouchement. D'après le code civil, la filiation maternelle se prouve par l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale. La filiation paternelle ne se prouve pas directement, car la paternité est un mystère que les investigations de la justice ne sauraient pénétrer ; elle s'établit indirectement par voie de présomptions ; ces présomptions sont l'objet du chapitre Ier de notre titre. Le IIe traite des preuves de la filiation maternelle (n°s 359 et 360).

CHAPITRE Ier.

DE LA FILIATION LÉGITIME.

SECTION I. — De la filiation paternelle.

Sommaire.

257. La filiation paternelle s'établit par voie de présomption. A qui la présomption profite-t-elle?

257. On dit que la paternité est incertaine, en ce sens qu'elle ne peut se prouver directement. Elle s'établit par une preuve indirecte, les présomptions: c'est une conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349). La paternité se prouve par la présomption écrite dans l'article 312 : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (1). » C'est une probabilité qui touche à la certitude, car elle a pour fondement le sentiment du devoir que Dieu a gravé dans notre conscience. Pour que l'enfant conçu pendant le mariage n'ait pas le mari pour père, il faut que la femme soit adultère; or c'est la fidélité qui est la règle presque universelle, le crime est une rare exception. Donc la loi a pu présumer que l'enfant né de la femme mariée appartient au mari (n° 361).

La présomption de légitimité résultant du mariage ne peut être invoquée que par l'enfant conçu pendant le mariage. Toutefois, par une fiction légale, la légitimité appartient aussi à l'enfant qui naît pendant le mariage de ses père et mère; mais sa situation est bien moins favorable que celle de l'enfant conçu pendant le mariage. Quant à l'enfant conçu après la dissolution du mariage, il n'a aucune présomption en sa faveur; c'est un enfant naturel.

(1) Cette présomption est empruntée au droit romain : « Pater is est quem nuptiæ demonstrant. » De là vient la locution usitée à l'école : « La présomption *pater is est.* »

§ I. *De l'enfant conçu pendant le mariage.*

Sommaire.

258. L'nfant conçu pendant le mariage a pour lui la présomption de l'article 312. La présomption peut être combattue par le mari de la mère : c'est ce qu'on appelle l'action en désaveu. Le mari ne peut désavouer l'enfant que dans les cas prévus par la loi. Comme la présomption est fondée sur le devoir de fidélité de la femme, la preuve contraire doit consister à établir que la femme a violé ce devoir. Pour ne rien laisser à l'arbitraire dans une matière aussi grave, la loi détermine les preuves que le mari aura à faire s'il veut désavouer l'enfant; il doit prouver que la cohabitation a été impossible. L'impossibilité peut être physique ou morale. En dehors des cas prévus par la loi, le mari ne peut pas désavouer l'enfant, la présomption de légitimité l'emporte. L'intérêt de l'enfant et l'intérêt de la société sont en faveur de la légitimité: la société, disait le premier consul au conseil d'Etat, est intéressée à ce qu'il n'y ait pas de bâtards (n° 363).

259. Le mari peut désavouer l'enfant pour cause d'impossibilité physique de cohabitation dans deux cas. D'abord, en prouvant qu'il était, pour cause d'éloignement, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pendant le temps où l'enfant a pu être conçu (art. 312). Comment déterminer ce temps? Il est impossible de fixer avec certitude le moment de la conception, parce que la grossesse n'a pas une durée fixe, toujours la même; elle est ordinairement de neuf mois, mais il y a des naissances tardives et il y en a de précoces. La loi a pris pour base les faits que l'expérience a constatés, en établissant un maximum et un minimun de durée pour la grossesse. La grossesse ne dépasse guère dix mois, si toutefois elle les a jamais dépassés; et l'enfant peut naître viable le septième mois, bien que ces naissances précoces soient une rare exception (n° 361, p. 428 et 429). Le maximum est donc de 300 jours et le minimum

de 180. De là suit que la conception peut avoir lieu dans l'intervalle qui sépare le 300e et le 180e jour avant la naissance de l'enfant. Si, pendant tout le temps où la conception a été possible, le mari n'a pu cohabiter avec sa femme, il est prouvé que cet enfant ne lui appartient pas (no 364).

L'impossibilité physique résulte : 1o de l'éloignement du mari. Cet éloignement doit être tel qu'il soit certain qu'il ne peut y avoir eu de rapprochement entre les époux : ce sont les expressions de l'Exposé des motifs (no 365).

2o Il y a encore impossibilité physique de cohabitation, quand le mari a été, par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme (art. 312). C'est ce qu'on appelle l'impuissance accidentelle ; elle implique que l'impuissance est venue du dehors, ce qui exclut la maladie dont le principe serait interne (no 368). La loi ne permet pas au mari de désavouer l'enfant, en alléguant son impuissance naturelle (art. 313). Dans l'ancien droit, l'impuissance était admise, mais la preuve en était tout ensemble scandaleuse et incertaine. On lit dans l'Exposé des motifs : « Le mari dont le mariage était dissous pour cause d'impuissance obtenait d'un autre mariage une nombreuse postérité » (no 367).

260. L'article 313 porte : « Le mari ne pourra désavouer l'enfant même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. » Ces faits sont ce qu'on appelle l'impossibilité morale. Il résulte du texte de la loi que trois conditions sont requises pour que l'impossibilité morale puisse être invoquée comme cause de désaveu :

1o L'adultère. Dans ce cas il y a une probabilité si grande que l'enfant n'appartient pas au mari de la femme adultère, que l'on pourrait croire que cette cause seule doit suffire. Si la loi ne permet pas au mari de désavouer l'enfant pour adultère, c'est que, malgré l'adultère, l'enfant peut lui appartenir. L'adultère ne fait donc naître qu'une grave présomption contre la légitimité de l'enfant ; encore faut-il que les relations adultérines aient existé vers l'époque présumée de la conception ; la loi ne le dit pas, mais le bon sens le dit (no 371).

2o Il faut que la naissance ait été cachée au mari. La mère qui

cache la naissance de l'enfant à celui qui serait heureux d'être père s'accuse elle-même; c'est comme un aveu, non-seulement de son adultère, mais aussi de la conviction où elle est que l'enfant n'appartient pas au mari. Toutefois ce n'est pas une preuve décisive; les violences du mari, les soupçons injustes peuvent porter la femme à cacher la naissance de l'enfant, quoiqu'elle soit innocente (nº 372).

3º L'impossibilité morale de cohabiter avec la femme. Il a été jugé plusieurs fois que si l'enfant a été conçu pendant la procédure en divorce, la haine qui divise les époux et qui éclate dans tous leurs actes rendait tout rapprochement moralement impossible. Mais telle est la faveur que la loi témoigne à la légitimité, qu'elle ne se contente pas de la seule impossibilité morale, puisqu'elle n'exclut pas absolument la réunion momentanée des époux (nº 373).

§ II. *De l'enfant conçu avant le mariage et né pendant le mariage.*

Sommaire.

261. D'après les présomptions admises par la loi, sur la durée de la grossesse, l'enfant né après 180 jours depuis la célébration du mariage a pu être conçu pendant le mariage. La loi fait de cette possibilité une probabilité en faveur de l'enfant; il peut invoquer la présomption de l'article 312. Mais si l'enfant naît avant le 180e jour, il n'a pas pu être conçu pendant le mariage; dès lors il ne peut se prévaloir de la présomption de légitimité établie par la loi: il est conçu illégitime. Toutefois la loi ne le déclare pas tel. Il est possible, il est même probable que l'enfant conçu avant le mariage et né pendant le mariage appartient à celui qui a épousé la mère. La loi fait de cette probabilité une présomption en faveur de l'enfant, elle le répute légitime. Mais cette présomption n'a pas la force de celle qui résulte de la conception pendant le mariage. C'est une simple probabilité que le mari peut détruire en déclarant que l'enfant ne lui appartient pas; il a le droit

absolu de le désavouer, sauf dans les cas prévus par l'article 314. Tandis que l'enfant conçu pendant le mariage a pour lui le devoir de fidélité de sa mère; en principe, il ne peut être désavoué, il ne peut l'être que dans les cas rares où il y a eu impossibilité physique ou morale de cohabitation; pour lui le désaveu est l'exception. Pour l'enfant conçu avant le mariage, le désaveu est la règle, en ce sens que le désaveu du mari est péremptoire, sauf dans les trois cas où la loi permet à l'enfant de combattre le désaveu (n 379).

262. Le mari ne peut pas désavouer l'enfant, 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage (art. 314, 1°). On présume alors que cet enfant lui appartient, il ne peut plus désavouer l'enfant qu'il a avoué.

2° « S'il a assisté à l'acte de naissance, et si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer » (art. 314, 2°). Le mot *assistance* implique un *concours* à l'acte et non une simple *présence;* aussi la loi exige-t-elle que le mari ait signé l'acte, et il n'y a que les déclarants et les témoins qui signent. L'assistance ainsi définie implique que le mari reconnaît l'enfant comme sien; c'est un aveu de sa paternité, dès lors il ne peut plus y avoir de désaveu.

3° Si l'enfant ne naît pas viable (art. 314, 3°), le mari n'a plus aucun intérêt au désaveu; on ne désavoue pas le néant. D'ailleurs quand l'enfant ne naît pas viable, il a pu être conçu pendant le mariage; or, dès qu'il n'y a point de certitude que l'enfant a été conçu avant le mariage, le mari ne peut avoir le droit absolu de le désavouer (n° 380).

263. Si l'enfant n'est pas désavoué, il est réputé légitime. En effet, la loi exige le désaveu du mari, pour que l'enfant soit illégitime; donc, si le mari ne le désavoue pas, il est légitime comme étant né pendant le mariage. C'est une légitimité fictive, puisque, d'après les présomptions légales, l'enfant n'appartient pas au mariage; la loi a établi cette fiction dans l'intérêt de l'enfant et dans l'intérêt de la société. Quoique fictive, la légitimité produit tous les effets de la légitimité réelle (n° 385).

§ III. *De l'enfant conçu après le mariage.*

Sommaire.

264. L'article 315 porte que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. Il suit de là que cet enfant n'est pas illégitime de plein droit; il faut qu'il y ait contestation et jugement. Il est vrai que, d'après les présomptions établies par le code, l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage est un enfant naturel; mais la loi n'a pas voulu le déclarer illégitime, parce que la question de savoir s'il est légitime ou non est d'intérêt privé; c'est aux parties intéressées d'agir : si elles n'agissent pas, l'enfant sera légitime, par une fiction évidente, mais c'est une fiction qui ne nuit à personne, et qui profite à la société (n° 386).

265. Si la légitimité de l'enfant est contestée, le tribunal doit le déclarer illégitime dès qu'il est prouvé qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage; le juge ne peut pas décider que l'enfant appartient au mari en se fondant sur la durée exceptionnelle de la grossesse. C'est la conséquence logique des présomptions établies par la loi sur la durée de la grossesse; ces présomptions sont absolues et n'admettent pas la preuve contraire, parce que le législateur a voulu mettre fin à l'arbitraire qui régnait dans l'ancien droit, et qui donnait lieu à des décisions scandaleuses. On objecte ces termes de la loi : *pourra* être *contestée*, qui impliquent, dit-on, un débat, et la faculté pour les magistrats de le décider d'après leur conviction. On a répondu, et la réponse est péremptoire, que l'article 312 se sert des mêmes termes en parlant de l'action en désaveu du mari, et il est certain que dans ce cas les présomptions sont absolues; donc, elles le sont aussi dans le cas de l'article 314. Le mot *pourra* se rapporte au *droit* de celui qui conteste ou désavoue, et le mot *contester* dans l'article 315 est synonyme de *dénier*. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point (n° 387).

SECTION II. — De la filiation maternelle.

Sommaire.

266. Le chapitre II de notre titre est intitulé : *Des preuves de la filiation des enfants légitimes.* Ces preuves sont : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale. A vrai dire, ces preuves ne concernent que la filiation maternelle; la filiation paternelle ne se prouve jamais directement. Cela est certain de l'acte de naissance et de la preuve testimoniale; quand l'enfant a établi sa filiation maternelle par l'acte de naissance ou par témoins, la filiation paternelle en résulte comme conséquence de la présomption de paternité établie par l'article 312. Quant à la possession d'état, c'est, à la vérité, une preuve complexe qui porte sur la paternité et la maternité; mais on ne peut pas dire qu'elle établit directement la paternité, puisque cela est impossible (nº 392).

267. L'article 319 dit que l'acte de naissance prouve la filiation des enfants légitimes. Cela n'est pas exact. D'abord l'acte de naissance ne prouve pas la filiation paternelle; celle-ci s'établit par les présomptions que nous venons d'expliquer. Quant à la filiation maternelle, elle est prouvée par l'accouchement de la femme dont l'enfant se prétend issu, si, de plus, il établit son identité. L'accouchement se prouve par l'acte de naissance ; l'identité n'a rien de commun avec cet acte, c'est un fait qui s'établit par témoins. Il y a encore une réserve à faire en ce qui concerne l'accouchement; c'est que l'acte de naissance ne le prouve que si l'enfant est légitime, c'est-à-dire, si le mariage de la mère est constant (nº 394). La loi ne dit rien de la preuve de l'identité, elle reste donc sous l'empire du droit commun; les faits qui constituent l'identité étant des faits matériels, la preuve testimoniale est admissible (nº399). Nous renvoyons, pour le principe, au titre des *Obligations*.

268. A défaut d'acte de naissance, la possession constante de

l'état d'enfant légitime suffit (art. 320). « La possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Les principaux de ces faits sont : que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir ; que le père l'a traité comme son enfant et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; qu'il a été reconnu pour tel par la famille (art. 321) ». On lit dans l'Exposé des motifs : « La possession d'état se compose de faits si nombreux et si variés, que leur énumération eût été impossible. Par la même raison, la loi n'exige pas que tous ces faits concourent. L'objet est de prouver que l'enfant a été reconnu et traité comme légitime : il n'importe que la preuve résulte de faits plus ou moins nombreux, il suffit qu'elle soit certaine » (n° 403).

La preuve de la possession d'état est complexe, elle embrasse la filiation paternelle et maternelle, puisque l'enfant ne peut avoir la possession d'état d'enfant légitime que s'il est enfant de tel homme marié à telle femme. Il suit de là que si la possession est établie, le mari ne peut plus désavouer, car la possession d'état implique la reconnaissance de la légitimité de l'enfant (nos 404 et 408).

La preuve se fait par témoins, puisque la possession d'état se compose de faits matériels qui se prouvent toujours par témoins, comme nous le dirons au titre des *Obligations* (n° 405).

La possession d'état fait preuve complète de la filiation, en ce sens que l'identité aussi est prouvée. Mais cela suppose que le mariage est constant. Il y a un cas dans lequel le mariage et la filiation se prouvent par une double possession d'état, c'est le cas prévu par l'article 197 (*supra*, n° 186), que nous avons expliqué au titre du *Mariage* (nos 408 et 409). Si, outre la possession d'état, la filiation est encore établie par un acte de naissance, il y a deux preuves complètes ; dans ce cas, l'état devient inattaquable soit pour l'enfant, soit contre lui (art. 322). Cette disposition a pour objet d'assurer le repos des familles en écartant les questions d'état qui y jettent toujours le trouble, alors que toutes les probabilités sont que l'état, établi par un titre et par la possession conforme, est l'expression de la vérité. Il faut ajouter que cette double preuve n'aurait pu être attaquée que par des témoi-

gnages, c'est-à-dire que l'on aurait combattu deux preuves à peu près certaines par la plus incertaine des preuves (n° 410).

269. « A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de la filiation peut se faire par témoins. » L'article 323 est une application des principes généraux qui régissent la preuve testimoniale, et c'est aussi une dérogation à ces principes. D'après le droit commun, la preuve testimoniale est admissible sans commencement de preuve par écrit, lorsque celui qui demande à prouver un fait en justice n'a pu s'en procurer une preuve littérale. Or, tel est le cas de l'enfant qui n'a pas d'acte de naissance; il exerce un droit en réclamant son état; il ne peut pas produire son acte de naissance, parce qu'il n'en a point; la loi a donc dû lui permettre de prouver sa filiation par témoins. Mais la loi déroge au droit commun en exigeant un commencement de preuve par écrit. La raison en est que toutes les probabilités sont contre l'enfant qui n'a ni acte de naissance, ni possession d'état; elles sont encore contre lui quand il a un titre et que ce titre dépose contre ses prétentions. Admettre, dans ces circonstances, la preuve testimoniale, sans commencement de preuve par écrit, c'eût été exposer les familles au danger des faux témoignages; le droit des familles l'emporte sur le droit d'un individu. Ce danger n'est plus à craindre quand l'enfant a un écrit qui rend sa demande probable. Tout écrit n'est pas admis; aux termes de l'article 324, il faut que l'enfant produise « des titres de famille, des registres et papiers domestiques du père ou de la mère, des actes publics ou privés, émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante ». Cette dernière partie de l'article 324 élargit la règle établie par l'article 1347; la raison en est que les questions d'état intéressent toute la famille; on peut donc dire que toute la famille est en cause, même ceux qui sont prédécédés. Il faut que les écrits rendent vraisemblables les faits allégués par l'enfant: c'est à raison de cette probabilité que la loi admet la preuve par témoins (nos 414 et 417).

La loi assimile à un commencement de preuve par écrit les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants, s'ils paraissent au juge assez graves pour autoriser l'admission de

la preuve par témoins, c'est-à-dire, s'ils rendent probable la demande de l'enfant (art. 323). Tels seraient des faits de possession insuffisants pour fonder une preuve complète de la filiation, mais suffisants pour fournir un commencement de preuve. Il faut que ces faits soient constants, c'est-à-dire, reconnus ou établis; il va sans dire que l'enfant n'est pas admis à les prouver par témoins : ce serait un cercle vicieux (n° 418).

Sur quoi porte la preuve testimoniale? L'enfant doit prouver d'abord l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, puis son identité. C'est la preuve directe de la filiation maternelle (art. 341, par argument). Les adversaires de l'enfant sont admis à combattre les témoignages qu'il produit (art. 325) : c'est le droit commun (n° 420).

Quand la maternité est prouvée, la filiation paternelle s'en induit, par application de la présomption de l'article 312. Mais cette présomption n'a pas autant de force lorsque l'enfant prouve son état par témoins, que lorsqu'il produit un acte de naissance. Dans ce dernier cas, le mari seul peut combattre l'état de l'enfant par l'action en désaveu, laquelle est soumise à des conditions très-rigoureuses; dans le premier cas, au contraire, tout adversaire de l'enfant est admis à prouver *par tous les moyens*, c'est-à-dire, d'après le droit commun, que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. La raison de cette différence est que l'acte de naissance est la preuve par excellence de la filiation des enfants légitimes; toutes les probabilités sont en faveur de l'enfant qui produit un titre régulier, tandis que toutes les probabilités sont contre lui quand il recourt à la preuve testimoniale, et, de plus, il n'a pour lui que la plus dangereuse des preuves (n° 421).

270. Lorsqu'il n'a pas existé de registres, ou que les registres sont perdus, l'article 46 admet la preuve testimoniale, sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, pour établir les *naissances*. En résultera-t-il la preuve de la filiation légitime? Oui, à notre avis. En effet, la preuve par témoins, dans le cas prévu par l'article 46, remplace celle des registres; or, les registres sont les actes de l'état civil, et quand ils constatent la naissance d'un enfant légitime, ils prouvent par cela même sa filiation ; donc, la preuve testimoniale doit avoir le même effet. On objecte qu'il y a contradiction à admettre la preuve par té-

moins sans un commencement de preuve par écrit, dans le cas de l'article 46, alors que l'article 323 exige, en principe, un commencement de preuve littérale pour que la preuve par témoins soit admissible. Nous répondons que, dans le cas de non-existence ou de perte des registres, il y a une autre preuve préalable qui tient lieu d'un commencement de preuve, c'est qu'il n'a pas été tenu de registres, ou que les registres sont perdus. Il faut ajouter que les deux cas diffèrent. Quand il n'y a pas de registres, la loi doit se contenter de la preuve par témoins, c'est nécessité. Quand il y a des registres, l'enfant devrait produire un titre; de sorte que l'existence de registres témoigne contre lui. La loi a donc dû se montrer plus sévère.

Du principe que, dans le cas de l'article 46, la preuve testimoniale est mise sur la même ligne que les registres, suit que le mari ne peut la combattre que par l'action en désaveu; tandis que dans le cas de l'article 323, il est admis à toute preuve contraire (n° 425).

SECTION. III. — Des actions concernant la filiation.

Sommaire.

271. Les actions concernant la filiation sont des questions d'état. L'état est un droit moral et d'ordre public. Conséquences qui en résultent.

271. On donne le nom de *questions d'état* aux actions qui concernent la filiation, parce qu'elles ont pour objet d'établir la légitimité ou de la combattre. Nous laissons pour le moment de côté l'état des enfants naturels. Les actions concernant la filiation sont essentiellement des questions d'état, puisque l'état a pour base la filiation. Telles sont : 1° Le *désaveu*, qui tend à contester la filiation légitime de l'enfant conçu ou né pendant le mariage; 2° *la contestation de légitimité* de l'enfant qui naît plus de 300 jours après la dissolution du mariage; cette action tend à faire déclarer l'enfant illégitime; 3° *l'action en réclamation d'état*, par laquelle l'enfant ou ses héritiers soutiennent qu'ils appartiennent à telle famille à raison de leur filiation; 4° *l'action en contestation d'état*, qui tend à repousser l'enfant de la famille à laquelle il prétend appartenir (n° 426).

Il y a un principe général qui s'applique à toutes les questions

d'état, c'est que l'état est un droit moral; il y a, il est vrai, des droits pécuniaires attachés à l'état, mais ce ne sont pas ces droits qui constituent l'état, puisque l'état peut exister sans qu'il en résulte des avantages pécuniaires; ce qui en est l'élément essentiel, c'est le sang, la famille et l'honneur qui s'y attache. Par cela même, l'état est d'ordre public et d'intérêt général. Il suit de là que l'état n'est pas dans le commerce; on n'achète pas, on ne vend pas le sang ni la filiation. Donc, personne ne peut transiger sur son état. Ce serait abdiquer, rompre des liens que la nature a formés, ce qui est impossible; ce serait régler par des conventions des droits qui sont d'ordre public, ce que la loi ne permet pas. Par conséquent, on ne peut déférer le serment en matière d'état, parce que le serment est une transaction; on ne peut se prévaloir de l'aveu, parce que l'aveu implique une disposition. Enfin l'état ne peut s'acquérir ni se perdre par prescription (art. 328) : on ne prescrit pas les choses qui ne sont pas dans le commerce (art. 2226). Il n'en est pas de même des droits pécuniaires qui sont attachés à l'état; ils sont dans le commerce, donc ils peuvent faire l'objet de toute espèce de convention et de prescription. De là une conséquence très-importante, en ce qui concerne les héritiers. Dans la théorie du code civil, l'état, comme droit moral, ne concerne que l'enfant; à l'égard de ses héritiers, il est considéré comme un droit pécuniaire; l'état est donc régi par des principes tout différents selon que l'enfant est en cause, ou ses héritiers. Ces principes reçoivent quelques modifications en matière de désaveu, comme nous allons le dire (nos 427-429).

§ I. *De l'action en désaveu.*

Sommaire.

272. Quand y a-t-il lieu à l'action en désaveu ?
273. A qui appartient l'action en désaveu?
274. Dans quel délai l'action doit-elle être intentée?
275. Contre qui l'action en désaveu est-elle dirigee?
276. Quel est l'effet du désaveu : quand il est admis? quand il est rejeté ?

272. Quand y a-t-il lieu à l'action en désaveu? Le mari ne doit recourir à l'action en désaveu que lorsque l'enfant établit sa filiation maternelle par un acte de naissance. Ce principe résulte

de ce que nous avons dit des preuves de la filiation. Quand l'enfant a prouvé par son acte de naissance qu'il a été conçu pendant le mariage de telle femme mariée, il a pour lui la présomption de l'article 312, laquelle ne peut être combattue que par l'action en désaveu. Il en est de même quand l'enfant prouve par son acte de naissance qu'il est né pendant le mariage; cet enfant doit aussi être désavoué, quoique sa légitimité ne soit que fictive (art. 312 et 314).

L'enfant qui n'a pas de titre doit former une demande en réclamation d'état; s'il allègue la possession, le mari peut la combattre en prouvant qu'il n'a jamais avoué cet enfant comme sien; si l'enfant recourt à la preuve testimoniale, le mari peut la repousser par la preuve contraire, sans être assujetti aux règles sur le désaveu. Nous en avons dit la raison plus haut, n°s 268 et 269. La conséquence est importante. Le mari qui agit en désaveu doit former son action dans le délai d'un mois. Si l'enfant n'a pas de titre, le mari n'est pas tenu de s'engager dans un procès scandaleux contre un enfant qui probablement ne réclamera jamais un état auquel il n'a aucun droit; il peut attendre que l'enfant intente une action en réclamation d'état; alors il la contestera par tous les moyens de droit (n° 431), sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription (*supra*, n° 271).

273. A qui appartient l'action en désaveu? En général, tous ceux qui y ont intérêt peuvent intenter les actions concernant l'état des personnes. C'est le droit commun. La loi y déroge pour ce qui concerne l'action en désaveu. En principe, cette action n'appartient qu'au mari. C'est lui seul que le code nomme (art. 312, 313, 314-316). L'action ne passe pas même, en général, à ses héritiers; ils ne peuvent l'exercer que si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour agir (art. 317). Il résulte de là que le code entend n'accorder l'action qu'au mari et à ses héritiers, sous les conditions qu'il détermine. Quelle est la raison de ce principe, spécial à l'action en désaveu? L'action tend à contester la paternité, alors que l'enfant est conçu ou né pendant le mariage, et qu'il prouve sa conception ou sa naissance par un acte inscrit sur les registres. Toutes les probabilités sont pour l'enfant. Le mari seul peut savoir si la présomption de légitimité est en opposition avec la réalité des

choses. S'il n'agit point, son silence témoigne pour l'enfant, et quand le mari reconnaît la légitimité de l'enfant, personne ne doit avoir le droit de la contester (n° 435)

Si la loi accorde l'action aux héritiers, ce n'est pas de leur propre chef, c'est comme représentants du mari, et parce que l'on suppose que le mari aurait agi s'il avait survécu. Encore l'action ne passe-t-elle pas aux héritiers telle que le mari l'avait, elle change de nature : de morale elle devient pécuniaire. Cela résulte du texte de l'article 317, qui consacre une conséquence du principe : les héritiers ne peuvent agir que si l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou s'ils sont troublés par l'enfant dans cette possession. Leur action est donc une action pécuniaire ; d'où suit que les créanciers pourraient l'exercer, tandis que les créanciers du mari n'ont pas ce droit, son droit étant purement moral (n° 437).

274. Dans quel délai l'action doit-elle être intentée? La loi distingue entre le mari et les héritiers. Le mari doit agir dans le mois s'il est sur les lieux de la naissance de l'enfant ; dans les deux mois après son retour si, à la même époque, il est absent ; dans les deux mois après la découverte de la fraude si on lui avait caché la naissance de l'enfant (art. 316). Quels sont les motifs pour lesquels la loi prescrit des délais aussi courts? Dès que le mari a connaissance de la naissance de l'enfant, il doit savoir à quoi s'en tenir sur sa paternité; son honneur est en cause, c'est un motif pour agir immédiatement si l'enfant ne lui appartient pas. S'il n'agit point, il avoue tacitement l'enfant comme sien, ou il pardonne l'injure, et consent à ce que l'enfant ait une filiation légitime, quoique fictive (n° 444).

Les héritiers ont toujours deux mois pour agir, tandis que le mari n'a qu'un mois quand il es tsur les lieux. Cette différence est très-juste. Le mari ne peut ignorer le fait de sa paternité ; tandis que les héritiers, étrangers aux relations intimes qui existent entre les époux, peuvent ne pas connaître les faits ; ils doivent avoir un temps moral pour prendre des renseignements et se décider. Le délai ne court qu'à partir de l'époque où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. Nous en avons dit la raison plus haut, n° 271 (n° 448).

La loi donne au mari et à ses héritiers un moyen de prolonger le délai très-court qu'elle prescrit pour l'exercice du désaveu : ils peuvent désavouer l'enfant par un acte extrajudiciaire; dans ce cas, ils doivent intenter l'action en justice dans le délai d'un mois à partir de l'acte. L'acte extrajudiciaire est la manifestation de l'intention que le mari ou ses héritiers ont de désavouer l'enfant : il n'a qu'une utilité, c'est de prolonger d'un mois le délai, quand il est fait à l'expiration du délai légal. Du reste, il n'engage pas le procès; le mari et ses héritiers peuvent encore changer de volonté, et éviter le scandale d'une action en désaveu (n° 451).

275. L'action en désaveu est dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en présence de la mère. C'est l'enfant qui est défendeur; mais comme d'ordinaire l'action est intentée immédiatement après la naissance, ou du moins pendant la minorité de l'enfant, il fallait lui donner un défenseur. Le père est son adversaire, et la mère coupable ne peut le défendre; la loi a donc dû lui donner un *tuteur spécial*. On admet généralement, quoique cela soit douteux, que le tuteur est nommé par le conseil de famille, comme dans le cas d'une tutelle ordinaire (n°s 452 et 453).

276. Quel est l'effet du désaveu? Si le tribunal l'admet, l'enfant est rejeté de la famille; il est illégitime, puisqu'il n'appartient pas au mari de la mère. Quand il a été conçu avant le mariage, il sera naturel, et adultérin quand il a été conçu pendant le mariage. Dans ce dernier cas, la filiation adultérine résulte du jugement combiné avec l'acte de naissance. C'est un des cas dans lesquels l'enfant adultérin a une filiation, bien que la loi prohibe la reconnaissance des enfants adultérins. Si le désaveu est rejeté, l'enfant reste en possession de la légitimité et exerce, par conséquent, tous les droits d'un enfant légitime (n° 457).

Le jugement qui intervient avec le mari ou ses héritiers a effet à l'égard de toute la famille. La raison en est que le mari et ses héritiers sont les seuls qui aient le droit de désavouer l'enfant; les autres membres de la famille ne peuvent pas intenter l'action; donc le jugement décide définitivement la question d'état, personne n'ayant plus le droit de la soulever (n° 458).

§ II. *De l'action en contestation de légitimité.*

Sommaire.

277. On donne le nom d'action en contestation de légitimité à l'action par laquelle la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est contestée (art. 315). Il y a de grandes différences entre cette action et celle en désaveu; elles tiennent à la position de l'enfant contre lequel est formée l'action en désaveu ou l'action en contestation de légitimité. Le désaveu suppose que l'enfant est conçu, ou du moins né, pendant le mariage; il a pour lui la présomption de paternité. Tandis que la contestation de légitimité suppose que l'enfant est conçu après la dissolution du mariage; la loi ne lui doit aucune faveur, puisque son illégitimité est certaine, tandis que le législateur favorise l'enfant qui appartient au mariage (n°s 435 et 460).

Le désaveu ne peut être exercé que par le mari ou par ses héritiers. Toute personne intéressée peut intenter l'action en contestation de légitimité : la loi ne nomme personne, et elle n'exclut personne; c'est dire que l'on reste sous l'empire du droit commun, qui permet à toute personne intéressée d'agir ; l'enfant étant illégitime par la date de sa naissance, il n'y avait aucune raison de limiter à certaines personnes le droit de se prévaloir d'un fait public (n°s 435 et 460).

L'action en désaveu doit être intentée dans le court délai d'un ou de deux mois. La loi ne fixe pas de délai pour l'action en contestation de légitimité; cette action reste donc soumise au droit commun. Si l'état est en cause, le droit de le contester est imprescriptible. S'il s'agit d'intérêts pécuniaires, on applique la prescription de trente ans (n° 461).

Le jugement qui intervient sur la contestation de légitimité n'a d'effet qu'entre les parties qui sont en cause : c'est le droit commun. On ne peut pas dire que la chose jugée fait loi pour la famille, comme le jugement qui intervient sur le désaveu; car l'action appartient à tous les intéressés, ce qui est jugé avec l'un n'empêche pas les autres d'agir (n° 462).

§ III. *Des actions en réclamation et en contestation d'état.*

Sommaire.

278. A qui cette action appartient-elle? Il s'agit des enfants légitimes. C'est un enfant né du mariage qui réclame son état, c'est-à-dire la légitimité. Cela suppose qu'il n'est pas en possession de son état. D'ordinaire, l'enfant né du mariage possède l'état d'enfant légitime; il va sans dire que, dans ce cas, il n'a rien à réclamer. Mais il peut ne pas posséder l'état auquel il a droit; il est né d'une femme mariée, mais il n'a ni titre ni possession; ou son titre ne constate pas sa filiation, l'acte de naissance portant qu'il est né de père et mère inconnus; ou le titre lui donne une fausse filiation, l'enfant étant inscrit sous de faux noms. Dans tous ces cas, l'enfant peut réclamer sa légitimité, en prouvant sa filiation : c'est l'action en réclamation d'état (n° 464).

L'action, à l'égard de l'enfant, est imprescriptible (art. 328) : c'est l'application du principe qui régit l'état (*supra,* n° 271). En principe, l'action n'appartient qu'à l'enfant, puisqu'elle est essentiellement morale. Les héritiers ne l'ont que dans certains cas. Il faut distinguer, d'après les articles 329 et 330, si l'enfant meurt sans avoir réclamé, ou s'il meurt après avoir formé l'action. Lorsque l'enfant n'a pas réclamé, l'action ne peut être intentée par ses héritiers que s'il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité; si donc l'enfant meurt à l'âge de vingt-six ans sans avoir réclamé, ses héritiers ne peuvent plus agir. La raison en est que le silence de l'enfant prouve qu'il n'a pas cru avoir des droits. Dès lors, les héritiers ne doivent plus être admis à s'introduire dans une famille à laquelle leur auteur s'est reconnu lui-même étranger. C'est une simple probabilité, mais elle suffit pour écarter les héritiers; la déchéance est établie dans l'intérêt

du repos des familles, donc par un motif d'ordre public. Si l'enfant décède pendant sa minorité, son silence ne témoigne pas contre son droit, d'abord parce qu'il peut l'ignorer, puis parce qu'il ne pourrait pas le réclamer, alors même qu'il le connaîtrait. Ses héritiers peuvent agir dans ce cas, parce qu'on suppose que l'enfant aurait agi, et, s'il est mort avant vingt-six ans, qu'il n'a pas eu le temps de recueillir ses preuves.

Si l'enfant meurt après avoir commencé l'action, les héritiers peuvent la suivre. L'action intentée fait partie du patrimoine, du moins en tant que des intérêts pécuniaires y sont attachés, et les héritiers n'ont l'action qu'à raison de leur intérêt pécuniaire. Il y a cependant deux cas dans lesquels les héritiers ne peuvent pas suivre l'action (art. 330). D'abord quand l'enfant s'est désisté formellement. Le désistement est une renonciation, l'enfant ne peut pas renoncer au droit qu'il a de réclamer son état; mais il peut renoncer aux intérêts pécuniaires qui en dépendent. De là suit que la renonciation, nulle à l'égard de l'enfant en ce qui concerne son droit moral, est valable à l'égard des héritiers, puisque l'action des héritiers n'a pour objet qu'un intérêt pécuniaire. Il en est de même si l'enfant laisse passer trois ans sans poursuite. On dit, dans ce cas, que l'instance est périmée. C'est une renonciation tacite à l'action, nulle à l'égard du droit moral de l'enfant, valable en ce qui concerne le droit pécuniaire des héritiers (n° 465-467). L'action des héritiers étant pécuniaire, il s'ensuit qu'elle est prescriptible, et qu'ils y peuvent renoncer ou transiger (n° 469).

279. L'article 326 porte que les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. Cet article déroge au droit commun, d'après lequel le juge compétent pour statuer sur la demande principale est aussi compétent pour statuer sur les demandes incidentes. Le principe reçoit exception quand il s'agit de questions d'état. Les tribunaux de commerce, les juges de paix, les tribunaux criminels n'en peuvent pas même connaître incidemment. Cette dérogation est fondée sur la gravité des questions d'état, qui intéressent non-seulement les individus, mais les familles et la société tout entière (n° 471).

L'enfant peut perdre son état par un délit que l'on nomme crime de suppression d'état. Tout délit donne lieu à deux actions,

l'action civile et l'action publique. L'action civile appartenant à la partie lésée peut être portée devant le tribunal civil ou devant le tribunal criminel saisi de l'action publique. Tel est le droit commun, même en matière d'état. Il y a exception pour l'action en réclamation d'état; elle doit être portée, en cas de crime, devant le tribunal civil. On a craint les abus de la preuve testimoniale, qui est admissible devant les tribunaux criminels, sans condition aucune, tandis que, devant les tribunaux civils, elle n'est admise qu'avec un commencement de preuve par écrit, quand l'enfant demande à établir sa filiation par témoins. La raison n'est pas bonne, puisque les règles sur la preuve lient aussi les tribunaux criminels; ils ne peuvent pas admettre la preuve testimoniale quand le fait juridique est de telle nature qu'il ne peut être prouvé que par écrit (n° 471).

Il suit de là que, dans les questions de filiation, le civil tient le criminel en état. D'après le droit commun, c'est le criminel qui tient le civil en état; c'est-à-dire que si l'action civile née d'un délit est portée devant le tribunal civil, celui-ci doit surseoir jusqu'à ce que le tribunal criminel ait statué sur l'action publique. En matière de filiation, au contraire, le tribunal criminel doit surseoir jusqu'à ce que le tribunal civil ait décidé la question portée devant lui. Nous venons d'en dire la raison, le législateur a craint que des aventuriers n'essayent de tromper la justice, en fondant leur usurpation sur de faux témoignages (n° 472).

280. La loi ne dit pas quand il y a lieu à l'action en contestation d'état; elle dit seulement quand l'état d'une personne ne peut plus être contesté : c'est quand elle a une possession conforme à son acte de naissance (art. 322). De là suit que l'état peut être contesté lorsqu'il ne repose que sur l'une de ces deux preuves, le titre ou la possession. Il faut au moins que l'enfant ait pour lui ou la possession ou un titre, pour qu'il y ait lieu de contester son état; s'il n'a ni titre ni possession, alors légalement il n'a pas d'état, et on ne peut pas contester un état qui n'existe point. On ne peut donc pas intenter d'action contre celui qui n'a pas d'état; mais on peut défendre à l'action en réclamation d'état formée par l'enfant qui n'aurait ni titre ni possession, et qui demanderait à faire preuve de sa filiation par témoins; l'article 325 le dit (n° 482).

Qui peut intenter l'action en contestation d'état? Toute personne ayant intérêt. C'est le droit commun, et la loi n'y déroge pas. L'intérêt doit, en général, être né et actuel, c'est-à-dire pécuniaire. Il y a exception en matière d'état. L'état est avant tout un droit moral. Quand il s'agit de contester l'état, tout membre de la famille à laquelle une personne prétend appartenir a le droit de contester cette prétention, quand même il n'aurait qu'un intérêt moral. Tel est le cas où un individu prend le nom et le titre d'une famille; tout membre de la famille peut lui contester ce droit (n° 483).

L'action en contestation d'état ayant pour objet direct l'état contesté, il faut appliquer les principes qui régissent les actions concernant l'état des personnes. De là suit que celui qui a renoncé au droit de contester l'état d'une personne, celui qui a reconnu sa légitimité, peut néanmoins intenter l'action en contestation; en effet, toute renonciation, toute reconnaissance, en matière d'état, est frappée d'une nullité radicale, parce qu'elle porte sur une chose qui est hors du commerce : c'est dire qu'elle n'a pas d'objet, donc elle est inexistante (n° 484). Il suit du même principe que l'action en contestation d'état est imprescriptible (n° 485).

281. Quel est l'effet de la chose jugée en matière d'état? Il y a chose jugée quand la chose demandée dans une seconde instance est la même que celle qui a été décidée dans un premier procès, et que la demande est fondée sur la même cause et formée entre les mêmes parties. Ces principes s'appliquent aux jugements rendus en matière d'état. Toutefois, il y a une question très-controversée. On demande si les jugements rendus en matière d'état ont effet seulement à l'égard de ceux qui sont parties en cause, ou s'ils ont effet à l'égard de tous. On doit, à notre avis, appliquer la règle établie par l'article 1351, puisque la loi n'y déroge point en matière d'état. Il n'y a qu'un seul article qui prévoie le cas d'un jugement rendu en matière d'état; et cette unique disposition applique la règle générale sur les effets de la chose jugée; c'est l'article 100 qui porte : « Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun cas, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis ou qui n'y auraient point été appelées. » Cela est décisif.

On objecte qu'en matière de désaveu le jugement qui intervient

avec le mari fait loi pour toute la famille, parce qu'il est rendu avec le contradicteur légitime de l'enfant, et l'on en conclut que le même principe doit être appliqué à toutes les questions d'état. Nous avons répondu d'avance à l'objection en donnant la vraie raison pour laquelle il y a exception, en cas de désaveu, aux effets de la chose jugée ; ce n'est pas parce que le mari est le contradicteur légitime de l'enfant, c'est parce qu'il a seul le droit d'agir en désaveu ; tandis que, dans les autres procès d'état, toute partie intéressée peut agir. Chacun ayant son intérêt à faire valoir, on ne peut opposer le jugement qu'à celui qui a été partie en cause (n° 488).

CHAPITRE II.

DE LA FILIATION DES ENFANTS NATURELS.

(*Principes de droit civil,* t. IV)

Sommaire.

282. Comment se prouve la filiation des enfants naturels? Pourquoi la loi n'admet-elle pas l'acte de naissance et la possession d'état?

282. L'enfant naturel a une filiation aussi bien que l'enfant légitime. Mais cette filiation n'existe aux yeux de la loi que lorsqu'elle est constatée par une reconnaissance. En principe, la reconnaissance est volontaire. Toutefois quand les père et mère ne reconnaissent pas volontairement l'enfant auquel ils ont donné le jour, celui-ci peut intenter une action contre eux pour être reconnu. C'est ce que le code appelle la recherche de la paternité et de la maternité. La paternité, à cause de son incertitude, ne peut être recherchée que par exception ; la maternité peut toujours l'être. C'est ce que les auteurs appellent la reconnaissance forcée (n° 5).

Pourquoi la filiation des enfants naturels ne s'établit-elle pas, comme celle des enfants légitimes, par l'acte de naissance et par la possession d'état? On dresse acte de leur naissance, mais cet acte ne prouve qu'une chose, c'est que l'enfant est né, il ne prouve pas sa filiation; tandis que, s'il s'agit d'un enfant né d'une

femme mariée, l'acte de naissance prouve l'accouchement et par suite la filiation maternelle, et, par voie de présomption, la filiation paternelle. Il ne peut pas être question, en matière de filiation naturelle, de la présomption de paternité, puisque cette présomption est fondée sur le mariage. Quant à la filiation maternelle, si elle est prouvée par l'acte de naissance, c'est que cet acte, sauf de très-rares exceptions, est l'expression de la vérité, tandis que la mère naturelle a la plus puissante des raisons pour cacher son nom ou pour le déguiser; car déclarer son nom, c'est proclamer sa honte et éterniser son déshonneur. Dès lors le législateur ne pouvait pas ajouter confiance aux déclarations que font les comparants à l'officier de l'état civil, parce que trop souvent il reconnaîtrait comme vrai ce qui est faux (t. III, n° 362).

Le code ne mentionne pas la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle; le silence de la loi suffit pour la rejeter : il ne peut être question d'une preuve légale sans loi (n° 13). Pourquoi la loi ne permet-elle pas à l'enfant naturel d'établir sa filiation par la possession d'état? Il est difficile d'en donner une bonne raison; la question n'a pas même été discutée; Portalis a affirmé, au conseil d'État, que la possession faisait preuve complète de l'état, mais une affirmation ne prouve rien. On peut dire que les faits qui constituent la possession d'état sont moins caractérisés quand il s'agit de la filiation naturelle : ainsi on ne peut dire que l'enfant naturel est reconnu par la famille, car il n'a jamais de famille, alors même qu'il est reconnu. Toutefois la possession peut exister pour l'enfant naturel aussi bien que pour l'enfant légitime; dès lors la loi aurait dû l'admettre, sauf à en préciser les caractères (n[os] 6 et 13).

SECTION I. — De la reconnaissance des enfants naturels.

§ I. *De la reconnaissance volontaire.*

Sommaire.

283. La reconnaissance résulte de l'aveu personnel du père et de la mère. Le père n'a pas le droit d'indiquer la mère.

284. Quelle est la capacité requise pour reconnaître un enfant naturel? Les incapables ont-ils capacité pour faire un acte de reconnaissance?

285. La reconnaissance est un acte solennel. Quels sont les officiers publics qui ont qualité pour le recevoir?

283. La reconnaissance de l'enfant naturel est l'aveu que le père fait de sa paternité, ou la mère de sa maternité. Cet aveu est essentiellement personnel. Pour le père, cela est évident; puisque la recherche de la paternité est interdite, la filiation paternelle ne peut être constatée que par l'aveu volontaire du père. Quant à la mère, son aveu est également personnel; c'est à elle seule de voir si elle veut remplir un devoir de conscience en bravant la honte.

Il suit de là que le père ne peut reconnaître que la filiation paternelle, il ne peut pas reconnaître la maternité, sauf comme mandataire de la mère; de même la mère ne peut reconnaître que la filiation maternelle. On prétend que l'article 336 autorise le père à déclarer le nom de la mère sans son aveu, et l'on en conclut que cette indication constatée dans l'acte de reconnaissance prouvera la maternité, si la mère l'avoue d'une manière quelconque. A notre avis, c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit point. L'article 336 porte : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. » Ces mots *sans l'indication et l'aveu de la mère* signifient *sans l'indication de la mère faite de son aveu;* ils ne donnent donc pas au père le droit de déclarer la mère sans que celle-ci y ait consenti; une pareille faculté serait contraire à tout principe. Si l'acte de reconnaissance du père indiquait la mère sans son aveu, cette indication n'aurait aucun effet à son égard; l'officier de l'état civil n'aurait pas même le droit de la recevoir, en vertu du principe de l'article 35 (nos 26 et 27) (*supra*, no 82).

284. Quelle est la capacité requise pour reconnaître un enfant naturel? La reconnaissance est un aveu; on l'appelle *volontaire* pour marquer qu'elle doit être l'expression de la *libre volonté* de celui qui la fait. De là suit que si les père et mère qui reconnaissent l'enfant naturel sont incapables de manifester leur volonté, il n'y a point de reconnaissance (no 35).

Les incapables peuvent-ils reconnaître un enfant naturel? La question se présente surtout pour les mineurs; on admet généralement qu'ils sont capables de reconnaître l'enfant auquel ils ont

donné le jour : c'est un devoir pour eux, dit-on, donc c'est aussi un droit. Cela nous paraît très-douteux. Sans doute, celui qui donne le jour à un enfant contracte des obligations envers lui, et la conscience lui commande de les remplir. Mais il faut avant tout qu'il soit certain qu'il est le père de l'enfant qu'il reconnaît. Il faut donc voir si le mineur est capable de reconnaître sa paternité. C'est un aveu d'une haute gravité : il compromet l'honneur de celui qui le fait, il compromet ses intérêts pécuniaires. Or, le mineur est incapable de faire aucun acte juridique qui le lèse. La loi craint que l'on n'abuse de l'inexpérience de son âge, de sa faiblesse, de ses passions. A ce titre, il n'y a certes pas d'acte plus dangereux pour le mineur que la reconnaissance d'un enfant naturel (nos 39 et 40).

On enseigne aussi que la femme peut, sans autorisation du mari, reconnaître un enfant naturel. Cela nous paraît également très-douteux. L'incapacité de la femme est absolue, elle ne peut faire aucun acte juridique sans y être autorisée. Il n'y a d'exception que dans les cas prévus par la loi : aucun texte, aucun principe ne permet de faire une exception pour l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel (n° 38). Quant aux interdits, la solution de la difficulté dépend du point de savoir si l'incapacité absolue dont ils sont frappés concerne les actes moraux; nous l'examinerons plus loin; à notre avis, elle doit être décidée négativement, donc l'interdit peut reconnaître un enfant naturel (n° 36).

285. La reconnaissance doit se faire par acte authentique (art. 334). L'orateur du gouvernement dit que la loi exige l'authenticité pour mettre les familles à l'abri de toute surprise. Cela est surtout vrai de la paternité, parce que d'ordinaire celui qui fait la reconnaissance est jeune et sous l'empire d'une passion aveugle. L'authenticité est donc une solennité prescrite pour assurer la libre expression de la volonté des parties intéressées. C'est dire que la reconnaissance est un acte solennel. Ainsi l'authenticité n'est pas requise pour la preuve, elle tient à la substance de l'acte; de sorte que si l'acte n'a pas été fait dans les formes voulues, il est inexistant (n° 44).

Quels sont les officiers publics qui ont qualité pour recevoir un acte de reconnaissance? D'abord les officiers de l'état civil (art. 162); l'acte est inscrit sur les registres, à sa date; il en est

fait mention en marge de l'acte de naissance, s'il en existe un. La reconnaissance est, pour les enfants naturels, ce que l'acte de naissance est pour les enfants légitimes; c'est un acte de l'état civil; il est donc naturel que les officiers de l'état civil aient qualité pour le recevoir. D'après le projet de code civil, ils avaient compétence exclusive. On admit ensuite que la reconnaissance pourrait se faire par acte authentique (art. 334), afin que la reconnaissance pût être tenue secrète (n° 45). Les notaires, à notre avis, ont seuls le droit de recevoir les actes de reconnaissance; en effet, les notaires sont établis par la loi pour recevoir les actes auxquels les parties doivent donner le caractère d'authenticité. Donc quand la loi exige un acte authentique, elle entend un acte notarié, car elle n'a donné qu'aux notaires le droit d'imprimer l'authenticité aux actes qu'ils reçoivent (n° 46).

286. La reconnaissance doit être expresse et spéciale; c'est-à dire que l'acte qui la renferme doit avoir pour objet la reconnaissance, et que la volonté de reconnaître doit être exprimée en termes formels. Cela résulte du texte et de l'esprit de la loi. L'article 62 dit que l'acte de reconnaissance sera inscrit sur les registres; dans ce cas, il est évident que l'objet unique de l'acte est de reconnaître l'enfant naturel et que la reconnaissance est expresse. La reconnaissance peut encore se faire dans l'acte de célébration du mariage (art. 331). Dans ce cas encore, l'un des objets essentiels de l'acte est de constater la filiation de l'enfant naturel. Il en est de même de l'acte notarié, que la loi met sur la même ligne que l'acte de l'état civil. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute; elle exige un acte authentique pour assurer la liberté de celui qui reconnaît l'enfant naturel, et pour éviter toute surprise; il faut donc que l'attention de celui qui reconnaît, de l'officier public et des témoins se porte spécialement sur la reconnaissance. C'est dire que l'acte doit avoir pour objet la reconnaissance de l'enfant; en ce sens, elle doit être spéciale et expresse. Quand on dit qu'elle doit être expresse, cela ne signifie pas que les parties doivent se servir du mot de *reconnaissance*, notre droit ne connaît pas de termes sacramentels; mais il faut que la volonté de reconnaître soit exprimée en termes qui ne laissent aucun doute sur la volonté de celui qui reconnaît l'enfant (n° 54).

287. Quand ces conditions n'ont pas été remplies, l'acte de reconnaissance est inexistant ou nul. Il est inexistant 1° lorsque la reconnaissance est faite par celui qui n'avait pas le droit de la faire ; ce n'est plus un aveu, donc il n'y a pas de reconnaissance. 2° Il faut qu'il y ait consentement, puisque la reconnaissance est l'expression de la volonté de celui qui reconnaît. Enfin, 3° la forme est de la substance de l'acte, puisque c'est un acte solennel ; une reconnaissance faite sous seing privé n'aurait aucune existence aux yeux de la loi. Quand l'acte est inexistant, il ne produit aucun effet, il est nul de plein droit, on ne peut le confirmer, il n'y a pas lieu à prescription. Nous renvoyons à ce qui a été dit des actes inexistants plus haut, n[os] 21, 129, 130, 170 et à ce que nous dirons au Titre des *Obligations* (n[os] 58-61).

La reconnaissance est nulle, 1° quand elle a été faite par un incapable ; c'est le droit commun ; 2° quand le consentement a été vicié ; c'est aussi l'application des principes généraux ; 3° l'acte est nul quand il est vicié en la forme, s'il s'agit d'un acte notarié ; la nullité de l'acte entraîne l'inexistence de la reconnaissance, puisque la forme est de la substance des actes solennels. Quant aux actes de l'état civil, ils ne sont pas nuls pour vice de forme (n[os] 62-66).

Qui peut se prévaloir de l'inexistence ou de la nullité ? Quand l'acte est inexistant, toute partie intéressée peut s'en prévaloir (n° 58 et *supra*, n[os] 21 et 170). La nullité, quand elle est relative, ne peut être invoquée que par ceux dans l'intérêt desquels elle a été introduite : telle est la nullité résultant de l'incapacité et des vices de consentement (n[os] 67-69). Nous renvoyons au Titre des *Obligations* en ce qui concerne les principes.

288. L'article 339 porte que toute reconnaissance de la part du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui y auront intérêt. Il résulte de la discussion qui a eu lieu au conseil d'État que l'article 339 a en vue les reconnaissances qui ne sont pas sincères, et qui, par conséquent, ne sont pas l'expression de la vérité. Une reconnaissance pareille est plus que nulle, elle est inexistante. Le mensonge ne peut pas créer une filiation à l'enfant. Or, quand un acte est inexistant, tout partie intéressée peut s'en prévaloir ; c'est-à-dire que celui à qui l'on oppose la reconnaissance est admis à prouver qu'elle est frauduleuse, l'auteur

de la reconnaissance n'étant pas le père ou la mère de l'enfant (nos 72 et 73). La preuve se fait par témoins et par présomptions, puisqu'il s'agit de faits matériels et frauduleux; c'est l'application des principes que nous exposerons au Titre des *Obligations* (no 74).

§ II. *De la reconnaissance forcée.*

Sommaire.

289. La recherche de la paternité est interdite à l'égard de tous, sauf dans le cas prévu par l'article 340.
290. La recherche de la maternité est admise pour et contre l'enfant.
291. Comment se fait la preuve?

289. « La recherche de la paternité est interdite » (art. 340). C'est une dérogation au droit de l'enfant. Le père contracte des obligations envers l'enfant auquel il a donné le jour; donc l'enfant devrait avoir le droit de rechercher son père, et de le forcer à les remplir. Pourquoi la loi lui refuse-t-elle ce droit? Le législateur a craint l'incertitude et le danger de la preuve. Dans l'ancien droit, on admettait la recherche de la paternité; il en résultait des procès scandaleux et des décisions injustes. La mère choisissait trop souvent, parmi les hommes qui l'avaient fréquentée, le plus riche, le plus considéré, afin de lui attribuer une paternité profitable à elle et à son enfant. Mais la question a encore une autre face. La loi pouvait subordonner la recherche de la paternité à des conditions rigoureuses; par là elle aurait donné satisfaction au droit de l'enfant. Quant au scandale, il ne nous émeut guère, car ceux qui s'en plaignent sont d'ordinaire les coupables : s'il y a des femmes déhontées, il y aussi des hommes infâmes, ce sont ceux que Vauvenargues appelle la canaille en gants jaunes (no 88).

La prohibition établie par l'article 340 est absolue. Il en résulte que la paternité ne peut pas être recherchée contre l'enfant. Ainsi les héritiers ne seraient pas admis à prouver que le légataire du défunt est son enfant naturel : ce serait une recherche de la paternité, laquelle est interdite. Les motifs pour lesquels la loi l'a prohibée sont applicables à toute action ayant pour objet de rechercher la paternité dont la preuve directe est impossible [illegible]

La prohibition reçoit une exception : dans le cas d'enlèvement, le ravisseur pourra être déclaré le père de l'enfant, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la conception (art. 340). La loi défend de rechercher la paternité, parce que la preuve est impossible, ou du moins d'une incertitude extrême. Si la femme a été enlevée, et si l'époque de la conception coïncide avec celle de l'enlèvement, il y a une probabilité contre le ravisseur ; cette probabilité diminue les dangers et l'incertitude de la recherche. L'exception est à peu près nominale ; c'est de la théorie d'école (nº 94).

290. La recherche de la maternité est admise (art. 341), parce que la mère est certaine, nous avons déjà dit en quel sens : la maternité est un fait qui peut s'établir avec le même degré de certitude que les faits en général. Puisque la recherche de la maternité est admise, il en faut conclure qu'elle peut être prouvée contre l'enfant, par les héritiers de la mère qui fait à son enfant naturel une donation excédant la quotité disponible (art. 908). C'est le droit commun. Quand la preuve d'un fait est admissible, toute personne qui a une prétention légitime fondée sur ce fait est reçue à le prouver en justice. La recherche de la maternité étant permise, toute partie intéressée doit avoir le droit de prouver la filiation maternelle de l'enfant naturel. On objecte que l'article 341 ne parle que de l'enfant, d'où l'on conclut que les autres personnes intéressées n'ont pas le droit de rechercher la maternité. C'est un argument tiré du silence de la loi, la plus mauvaise des argumentations, parce que c'est la plus incertaine. Si la loi ne parle que de l'enfant, c'est parce qu'il est d'ordinaire le seul qui ait intérêt à rechercher la filiation. Ce qui prouve que la loi n'entend pas limiter à l'enfant le droit d'agir, c'est que l'article 340, qui autorise, dans un cas exceptionnel, la recherche de la paternité, permet à toute partie intéressée d'agir (nº 107).

291. La loi exige un commencement de preuve par écrit pour que l'enfant soit admis à prouver sa filiation maternelle par témoins (art. 341); elle craint les faux témoignages dans les débats où l'honneur de la mère est intéressé. Mais à force de veiller aux intérêts de la mère, n'oublie-t-elle pas le droit de l'enfant ? Le commencement de preuve par écrit consiste dans un acte émané de

celui contre lequel la demande est formée. Il faut donc que l'enfant produise un acte émané de sa mère; or, les malheureuses qui donnent le jour à des enfants naturels appartiennent la plupart aux classes inférieures de la société; et celles qui savent écrire et qui ne veulent pas reconnaître leur enfant se garderont bien de fournir une preuve écrite de leur maternité. Exiger que l'enfant produise un écrit de sa mère, c'est exiger un aveu émané de celle qui ne peut ou ne veut pas avouer (nº 110).

Sur quoi doit porter le commencement de preuve? L'article 341 commence par dire que l'enfant qui réclame sa mère est tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée; puis il ajoute : « L'enfant ne sera reçu à faire *cette preuve* par témoins que lorsqu'il a un commencement de preuve par écrit. » Le commencement de preuve doit rendre probable le fait de la filiation maternelle que l'enfant demande à prouver; donc, la preuve et le commencement de preuve embrassent deux faits : 1º l'accouchement; 2º l'identité de l'enfant (nº 112).

Quand l'enfant a un commencement de preuve, il est admis à prouver sa filiation par témoins. De quoi les témoins déposeront-ils? Nous venons de le dire : du fait de l'accouchement et du fait de l'identité. La loi exige une preuve directe de la filiation, et cette preuve est nécessairement complexe pour la filiation naturelle comme pour la filiation légitime : il faut avant tout prouver que telle femme dont on se prétend issu est accouchée; le réclamant doit établir ensuite qu'il est l'enfant qu'elle a mis au monde (nºs 120-112).

§ III. *Des effets de la reconnaissance.*

Sommaire.

292. La reconnaissance produit les mêmes effets, qu'elle soit volontaire ou forcée.
293. La reconnaissance n'établit de lien qu'entre l'enfant naturel et les père et mère qui l'ont reconnu.
294. Quels sont les droits moraux et pécuniaires de l'enfant naturel?
295. Disposition exceptionnelle de l'article 337.

292. La reconnaissance a les mêmes effets, qu'elle soit volontaire ou forcée. Le code ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Les effets que la loi attache à la filiation découlent du fait de la paternité ou de la maternité, pourvu que ce fait soit

légalement établi. Or, la loi admet deux manières de constater la filiation naturelle, la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée. Dès qu'il y a reconnaissance, l'enfant peut réclamer les droits résultant de la filiation; le mode de reconnaissance ne saurait influer sur ces droits (n° 121).

293. La reconnaissance établit un lien de parenté entre l'enfant naturel et le père ou la mère qui l'ont reconnu. L'enfant n'entre pas dans la famille de ses père et mère. Il y a donc une grande différence entre l'état des enfants naturels et l'état des enfants légitimes : ceux-ci ont une famille, les autres n'ont d'autres parents que ceux qui les ont reconnus. La raison de cette différence est d'abord que les enfants naturels n'ont de filiation que par la reconnaissance; or, la reconnaissance résulte ou d'un aveu volontaire qui n'existe qu'à l'égard de celui dont il émane, ou d'un jugement qui est sans effet à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties en cause. Il y a encore une autre raison : la loi est favorable à la filiation légitime, tandis qu'elle ne peut favoriser la filiation illégitime, puisque ce serait favoriser le concubinage. Elle restreint la reconnaissance dans les limites les plus étroites, parce qu'il en résulte une espèce de tache. Le déshonneur est personnel, donc la reconnaissance d'une paternité naturelle, qui implique une faute, doit aussi être personnelle (n° 20).

294. L'enfant naturel reconnu a droit à l'éducation; la loi ne le dit pas d'une manière expresse, mais cela résulte de l'article 383, qui donne aux père et mère naturels la puissance paternelle; or, dans notre droit, la puissance paternelle n'est autre chose que le devoir d'éducation. Aux titres qui sont le siége de la matière, nous dirons qui exerce la puissance paternelle, et à qui appartient la tutelle des enfants naturels. L'enfant naturel a aussi droit aux aliments, dans l'opinion générale, contre les père et mère qui l'ont reconnu. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, n° 194. Enfin, il a un droit de succession sur les biens de ses père et mère ; nous en traiterons plus loin.

295. L'article 337 déroge aux effets que produit la reconnaissance; il porte : « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celui-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins, elle

produira son effet après la dissolution de ce mariage, s'il n'en reste pas d'enfants. » Quels sont les motifs de cette exception? L'orateur du gouvernement les expose comme suit : « Il ne peut pas dépendre de l'un des époux de changer, après son mariage, le sort de sa famille légitime, en y appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sous laquelle le mariage a été contracté. Des enfants étrangers à l'un des époux ne peuvent acquérir des droits contraires à ceux des enfants légitimes. » C'est parce que l'intérêt du conjoint et des enfants est le motif déterminant de la loi, que la reconnaissance reçoit son exécution, après la dissolution du mariage, s'il ne reste pas de descendants (n° 128).

La disposition de l'article 337 étant exceptionnelle, il faut la restreindre dans les limites du texte. Elle ne serait pas applicable si la reconnaissance avait eu lieu avant le mariage, ou après la dissolution du mariage. Elle ne reçoit pas d'application si la reconnaissance est forcée; le texte suppose une reconnaissance volontaire, et l'esprit de la loi implique une violation de la foi du contrat; or, quand l'enfant recherche la maternité, il use d'un droit, et l'on ne peut pas dire que la mère qui a refusé de reconnaître l'enfant viole la foi de son mariage. Enfin, l'article 337 n'est pas applicable quand l'enfant est issu des deux époux; ils ne font, dans ce cas, que remplir un devoir commun (n° 129-131).

Quel est l'effet de la reconnaissance qui a eu lieu dans les circonstances prévues par l'article 337? La loi ne l'annule pas, il n'y avait aucune raison pour cela; seulement la reconnaissance ne peut nuire au conjoint ni aux enfants nés du mariage. De là suit que l'enfant naturel ne concourra pas avec les enfants légitimes à la succession de celui qui l'a reconnu, ni avec l'époux qui serait héritier contractuel ou légataire, car ce concours nuirait aux enfants ou au conjoint (nos 132 et 134).

SECTION II. — De la filiation des enfants adultérins et incestueux.

Sommaire.

296. La loi prohibe la reconnaissance volontaire et forcée des enfants adultérins et incestueux.
297. Cas dans lesquels leur filiation est établie indépendamment de toute reconnaissance.
297 *bis*. Quels sont les droits de l'enfant dont la filiation est établie par jugement?

298. La reconnaissance volontaire ou forcée est prohibée d'une manière absolue et, partant, nulle.

299. En quel sens la reconnaissance est-elle nulle? L'enfant peut-il l'invoquer pour réclamer des aliments? Peut-on s'en prévaloir contre lui?

296. On appelle adultérins les enfants qui sont nés d'un adultère, et il y a adultère quand l'un des père et mère est engagé dans les liens du mariage, au moment de la conception de l'enfant. L'inceste est la conjonction illicite entre ceux qui ne peuvent se marier, parce qu'ils sont parents ou alliés au degré prohibé par la loi; les enfants nés de ce commerce sont incestueux (n°s 136 et 137).

La reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux (art. 335); et d'après l'article 342, l'enfant n'est jamais admis à la recherche soit de la paternité, soit de la maternité, dans le cas où la reconnaissance n'est point admise. Les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent donc pas avoir de filiation. Quel est le motif de cette prohibition? L'orateur du gouvernement répond que la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux serait l'aveu d'un crime, et qu'il faut aussi éviter le scandale qui résulterait de la recherche d'une filiation criminelle; l'orateur du Tribunat va jusqu'à traiter de monstre l'enfant qui réclamerait une filiation résultant de l'adultère ou de l'inceste. Le vrai monstre, c'est la mère ou le père qui repousse son enfant; s'ils n'ont pas reculé devant le crime et la honte en donnant le jour à l'enfant malheureux pour qui sa naissance est une tache, il leur reste un devoir à accomplir, celui d'élever l'enfant, car tout être humain a droit à l'éducation. Par une singulière contradiction, la loi donne des aliments aux enfants incestueux et adultérins (art. 762), et elle rend l'exercice de ce droit à peu près impossible, en interdisant toute reconnaissance de ces enfants, soit volontaire, soit forcée (t. III, n° 362; t. IV, n° 138).

297. Il y a des cas où la filiation des enfants adultérins ou incestueux est établie indépendamment de toute reconnaissance. Quand le mari désavoue un enfant conçu pendant le mariage, il résulte du jugement qui admet le désaveu que l'enfant est adultérin (art. 312 et 313). Il en est de même quand l'enfant établit sa filiation légitime par témoins, et que, sur la demande d'une

partie intéressée, il est jugé que cet enfant n'appartient pas au mari de la mère (art. 325). Enfin, si un mariage est annulé parce que l'un des époux était engagé dans les liens d'un premier mariage, ou parce que les époux étaient parents ou alliés au degré prohibé par la loi, les enfants nés de ce mariage seront adultérins ou incestueux. Si les époux sont de mauvaise foi, leur état sera établi par le jugement qui annule le mariage, combiné avec l'acte de naissance (n° 139).

297 *bis*. Quand la filiation des enfants adultérins et incestueux est établie, la loi leur accorde des aliments contre la succession de leurs père et mère; nous expliquerons les articles 762-764 au titre qui est le siége de la matière (n° 140). Ont-ils droit à l'éducation? Il est difficile de le leur contester, puisque l'obligation des père et mère résulte de la paternité. Il faut en conclure que les père et mère ont aussi la puissance paternelle; car, dans notre droit, cette puissance n'est autre chose que le devoir d'éducation. Cependant cela est controversé, parce qu'il n'y a pas de texte.

On voit quelle est la rigueur de la loi. Pour flétrir l'inceste et l'adultère, elle refuse tout droit aux enfants. Cela est injuste. La flétrissure que le législateur inflige à des relations criminelles ou honteuses n'empêche pas ces relations; en tout cas, la peine ne devrait pas retomber sur les enfants.

298. L'article 335 dit que la reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin. Bien que la loi ne prononce pas la nullité, il est certain que la reconnaissance serait nulle. Le législateur ne veut pas que l'adultère et l'inceste se produisent au grand jour, il voudrait ensevelir le crime et l'infamie dans un éternel silence. C'est donc le cas d'appliquer le principe de la nullité virtuelle (n° 141) (*supra*, n° 19).

La recherche ou la reconnaissance forcée est également prohibée et, partant, nulle (art. 342). Il est vrai que la loi ne parle que de l'enfant, parce que c'est d'ordinaire lui le seul intéressé; mais l'article 342 se refère à l'article 335. La loi pose donc un seul et même principe. Il y a une raison de plus de prohiber en termes absolus la recherche de la paternité et de la maternité adultérines et incestueuses parce qu'il y a encore plus de scan-

dale dans les débats judiciaires, que dans le simple fait d'une reconnaissance volontaire. Il suit de là que les héritiers ne seraient pas admis à prouver la filiation adultérine ou incestueuse contre un enfant institué légataire universel par son père ou par sa mère (nos 150 et 154).

299. En quel sens la reconnaissance est-elle nulle? La question est très-controversée. Nous croyons que la reconnaissance est nulle en ce sens que jamais l'enfant ne peut l'invoquer comme un titre de filiation. Le texte est favorable à cette interprétation. L'article 334 dit comment se fait la reconnaissance des enfants naturels, c'est-à-dire comment ils acquièrent une filiation; puis l'article 335 dispose que *cette reconnaissance* ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux. C'est dire que, à la différence des enfants naturels, les enfants adultérins et incestueux ne peuvent pas avoir de filiation. Mais quoique la loi défende de les reconnaître, elle leur accorde un droit aux aliments; l'exercice de ce droit ne peut pas être rendu impossible par la loi même qui le donne; donc elle doit permettre une reconnaissance qui autorise les enfants à agir, et dont on pourra aussi se prévaloir contre eux pour les empêcher de recueillir l'hérédité de leurs père et mère. C'est donner satisfaction au droit des enfants et à la moralité publique; les enfants auront des aliments, mais ils n'auront pas de filiation, et ils ne recueilleront pas les biens de leurs père et mère. Dans l'opinion contraire, on considère la reconnaissance comme non avenue, comme inexistante; ce qui, d'une part, rend illusoire le droit aux aliments établi par les articles 762-764, de sorte qu'on les efface du code, puisqu'ils ne recevront d'application que dans les cas très-rares où l'état des enfants est constaté par un jugement; et, d'autre part, les enfants adultérins et incestueux, malgré leur reconnaissance, recueilleraient la succession de leurs père et mère, ce qui serait un double scandale, une reconnaissance faite malgré la loi, et des droits d'hérédité assurés aux enfants, malgré la loi (nos 141, 157, 161).

SECTION III. — De la légitimation.

Sommaire.

300. Les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère (art. 331). L'orateur du gouvernement dit très-bien que l'ordre moral est intéressé à ce que le mariage opère légitimation. C'est un moyen pour ceux qui vivent dans le concubinage de réparer leur faute, en même temps qu'ils donneront la légitimité à leurs enfants; l'intérêt des enfants les engagera à mettre fin à des relations immorales (n° 164).

C'est le mariage qui légitime, ce n'est pas la volonté des père et mère, en ce sens qu'ils n'ont pas à déclarer que leur volonté est de légitimer leurs enfants; ils sont sans doute libres de ne pas se marier, mais dès qu'ils se marient, la légitimation s'opère par la seule force du mariage (n° 165). L'article 331 n'exige qu'une condition; il faut que les enfants aient été légalement reconnus, c'est-à-dire qu'il soit constaté que les enfants appartiennent à l'homme et à la femme qui contractent mariage, ce qui se fait par la reconnaissance soit volontaire, soit forcée (n°s 170 et 171). Il suit de là que « les enfants nés d'un *commerce* adultérin ou incestueux ne peuvent être légitimés ». Pour voir si un enfant peut être légitimé, il faut donc remonter à l'époque de la conception; s'il a été conçu adultérin ou incestueux, la légitimation est impossible. Ce principe décide une question très-controversée. L'enfant est conçu incestueux; puis, ses père et mère se marient avec dispense : sera-t-il légitimé s'il est né avant le mariage ? A notre avis, la légitimation est impossible, puisque l'enfant né d'un commerce incestueux ne peut être reconnu, et sans la reconnaissance, il n'y a pas de légitimation (art. 335). L'article 331 est tout aussi formel : « Les enfants nés hors mariage, *autres que ceux nés d'un commerce adultérin ou incestueux*, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère. » La légitimation se fait par le mariage, il faut donc que le mariage soit possible; or, il ne l'est, en cas d'inceste, que dans les cas où l'em-

pêchement né de la parenté ou de l'alliance peut être levé par une dispense; dans les autres cas, il ne peut pas y avoir de dispense, donc pas de mariage, donc pas de légitimation. C'est dire que l'article 331, en prohibant la légitimation d'un enfant incestueux, suppose qu'il s'agit d'un enfant né du commerce d'un oncle avec sa nièce ou du beau-frère avec sa belle-sœur, et que le mariage a eu lieu avec dispense. Si l'on admet que le mariage légitime l'enfant né d'un pareil commerce, on efface de la loi le mot *incestueux* (n° 175).

301. Quand la légitimation peut-elle se faire? La question est de savoir si elle peut être faite après le décès de l'enfant naturel. Oui, s'il laisse des descendants, dit l'article 332; dans ce cas, la légitimation profite à ces descendants. Sans la légitimation, ils n'auraient d'autre famille que leurs père et mère, il n'y aurait même aucun lien entre eux et leur grand-père naturel; tandis que par le bénéfice de la légitimation accordé à leurs père ou mère, ils acquièrent une famille légitime et tous les droits qui y sont attachés (n° 173).

302. Quels sont les effets de la légitimation? L'article 333 répond que « les enfants légitimés par le mariage subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de ce mariage. » De là suit que les enfants légitimés ne deviennent légitimes qu'à partir du mariage de leurs père et mère; la légitimation ne rétroagit pas au jour de la conception. La raison en est que la légitimation a sa cause dans le mariage, or, l'effet ne peut pas précéder la cause, et la fiction ne peut pas agir, tant que le fondement de la fiction n'existe point. C'est une différence entre l'enfant légitime et l'enfant légitimé. Le premier est légitime dès sa conception, et dès qu'il est conçu, il acquiert les droits attachés à légitimité, il peut donc succéder. Tandis que l'enfant légitimé ne pourrait pas prendre part dans les successions ouvertes avant le mariage par lequel il a été légitimé; car, à l'époque de l'ouverture de la succession, il était enfant naturel, et comme tel incapable de succéder (nos 187 et 188).

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION.

Sommaire.

303. Motifs de l'adoption. Division.

303. L'adoption était inconnue dans notre ancien droit ; il y avait des coutumes belges qui la prohibaient : *Adoption n'a lieu*, disaient les coutumes de Lille et d'Audenarde. Une loi du 18 janvier 1792 l'établit en principe; les auteurs du code la consacrèrent après de longues discussions, mais en lui enlevant le caractère de paternité fictive que lui donnait le projet et que le premier consul défendit vivement au conseil d'État. Napoléon croyait que la loi peut imiter la nature, que dis-je? la dépasser. Il se trompait, et le conseil d'État refusa de le suivre dans une voie impossible. Dans le système du code, l'adopté reste dans sa famille, il prend le nom de l'adoptant et il lui succède. C'est une institution d'héritier faite par contrat. L'adoption n'est pas entrée dans les mœurs; on ne la pratique guère que pour donner la légitimation à des enfants naturels (nos 190-192).

L'adoption peut se faire entre-vifs ou par testament. Celle qui se fait entre-vifs est soumise à des conditions rigoureuses, sauf dans les cas où elle est rémunératoire ou gracieuse.

CHAPITRE Ier.

CONDITIONS DE L'ADOPTION.

---

§ I. *De l'adoption entre-vifs.*

Sommaire

304. L'adoptant et l'adopté doivent jouir des droits civils.
305. Conditions spéciales concernant l'adoptant.

304. Il y a une première condition dont la loi ne parle pas, mais qui résulte des principes généraux : l'adoptant et l'adopté doivent jouir des droits civils, dans le sens strict de ce mot. C'est une conséquence de l'article 11 qui refuse à l'étranger la jouissance des droits civils; or, l'adoption est une institution de pur droit civil : ce qui est décisif (n° 194).

305. Le code prescrit des conditions spéciales concernant l'adoptant :

1° L'adoption n'est permise qu'aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, âgées de plus de cinquante ans (art. 343). Dans la théorie de la loi, l'adoption est une consolation pour ceux qui n'ont pas d'enfants ou qui ont eu le malheur de les perdre. Il ne fallait donc la permettre qu'à un âge où la nature ne permet plus d'en avoir, dans le mariage. Quant aux célibataires âgés de plus de cinquante ans, il en est peu qui songent au mariage, et, dit l'orateur du gouvernement, il n'est pas dans l'intérêt social qu'ils y songent (n° 195).

2° L'adoptant doit avoir, au moins, quinze ans de plus que l'adopté (art. 343). Cette condition tient au système qui avait d'abord prévalu au conseil d'État, et d'après lequel l'adoption devait être une image de la nature; il fallait donc qu'il y eût entre l'adoptant et l'adopté une distance d'âge qui permît de considérer l'adoptant comme le père de l'adopté (n° 196).

3° Il faut que l'adoptant n'ait ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de l'adoption (art. 343). Celui à qui la nature a donné des enfants ne doit pas chercher une consolation dans une paternité fictive (n° 197).

4° Nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de son conjoint (art. 344). L'adoption faite malgré le conjoint serait une cause de trouble et de discorde, et de plus elle léserait les intérêts de celui qui refuse son concours (n° 199). Les deux époux peuvent aussi adopter le même enfant; c'est le seul cas dans lequel un enfant peut être adopté par deux personnes.

5° Il faut que l'adoptant ait pendant six ans fourni à l'adopté

mineur des secours et donné des soins non interrompus (art. 345). La loi veut que celui qui adopte ait pour l'enfant une affection éprouvée, ce qui suppose que l'affection est née et s'est développée pendant l'enfance de celui que l'on veut adopter (n° 200).

6° Le tribunal doit vérifier si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation (art. 355). Il ne faut pas que l'adoption couvre des relations honteuses (n° 201).

306. Les conditions concernant l'adopté sont :

1° Il doit être majeur (art. 346). L'adoption entre-vifs est un contrat, et le mineur n'est pas capable de contracter (art. 1124).

2° L'adopté, quoique majeur, doit avoir le consentement de ses père et mère ou du survivant, s'il n'a pas accompli sa vingt-cinquième année. S'il est majeur de vingt-cinq ans, il est tenu de requérir leur conseil (art. 346). Cela suppose que l'adoption opère un changement d'état chez l'enfant, ce qui n'est point; mais il reste toujours une image de filiation civile, à raison de laquelle la loi exige le concours des parents naturels (n° 204).

307. On demande si les enfants naturels reconnus peuvent être adoptés. L'affirmative nous paraît certaine. La capacité, dans tous les contrats, est la règle, et il n'y a d'incapacité qu'en vertu d'un texte. Or, il n'y a pas de loi qui déclare les enfants naturels incapables d'être adoptés. Cela est décisif (n° 205).

308. Les conditions générales de l'adoption reçoivent exception quand l'adoption est rémunératoire, c'est-à-dire quand l'adopté a sauvé la vie à l'adoptant, en exposant la sienne. L'article 345 donne comme exemples les cas où l'adopté a sauvé la vie à l'adoptant dans un combat, ou en le retirant des flammes ou des flots. Il suffit, dans ce cas, que l'adoptant soit majeur et plus âgé que l'adopté.

309. L'adoption entre-vifs est un contrat solennel. Aux termes de l'article 353, « la personne qui se proposera d'adopter et celle qui voudra être adoptée, se présenteront devant le juge de paix du domicile de l'adoptant, pour y passer acte de leurs consentements respectifs ». Le juge constate que l'un des comparants consent à adopter et que l'autre consent à être adopté. L'acte qu'il dresse doit être homologué par le tribunal de première instance et par la cour d'appel, en ces termes : *Il y a lieu à l'adoption*. La justice intervient pour vérifier si toutes les conditions prescrites par la

loi ont été remplies, notamment si l'adoptant jouit d'une bonne réputation (art. 354-358). Enfin, l'adoption doit être inscrite, dans les trois mois de l'arrêt, sur les registres de l'état civil (art. 359) ; si l'adoption n'a pas été inscrite dans ce délai, elle reste sans effet. Cela prouve que la loi considère l'adoption comme créant une filiation fictive. Il résulte encore du texte de la loi que l'adoption n'est définitive que lorsqu'elle est inscrite sur les registres de l'état civil; jusque-là les parties peuvent revenir sur leur consentement (n° 212).

§ II. *De l'adoption testamentaire.*

Sommaire.

310. Qui peut adopter par testament ? De la tutelle officieuse.
311. Quelles sont les conditions requises pour l'adoption testamentaire?

310. L'une des conditions de l'adoption ordinaire est que l'adoptant ait fourni pendant six ans des secours au mineur qu'il veut adopter ; et alors même que cette condition déjà rigoureuse est remplie, l'adoption deviendrait encore impossible si l'adoptant venait à mourir avant que l'adopté fût majeur. Pour faciliter l'adoption, la loi a organisé la tutelle officieuse; le tuteur officieux peut adopter son pupille mineur par testament, après l'avoir soigné pendant cinq ans.

La tutelle officieuse est un contrat de bienfaisance par lequel le tuteur officieux se charge d'administrer gratuitement la personne et les biens du pupille, et s'oblige en outre de l'élever à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie. Cette institution est à peu près inconnue; on a dit qu'elle était un objet de luxe dans le code. Comme le droit n'est pas une science de luxe, nous croyons inutile de traiter de la tutelle officieuse. Voyez les articles 361, 365, 367, 369, 370 (nos 237-241).

311. Le tuteur officieux peut, après cinq ans révolus depuis la tutelle et dans la prévision de son décès avant la majorité du pupille, lui conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366). Quelles sont les conditions de l'adoption testamentaire? Il faut 1° que pendant cinq ans le tuteur ait donné des soins à son pupille : c'est la garantie d'une affection réciproque (n° 243).

2° Que le tuteur officieux ne laisse pas d'enfants légitimes. C'est la condition de toute adoption (n° 245).

3° Que l'adoption se fasse dans la forme prescrite pour les testaments (n° 246).

Sous ces conditions, l'adoption peut se faire pendant la minorité du pupille. Et, à notre avis, elle restera valable, alors même que le tuteur survit à la majorité de l'enfant qu'il a adopté. C'est l'application du principe élémentaire d'après lequel les actes faits conformément à la loi sont valables, et produisent les effets que la loi y attache; l'adoption légale doit donc produire ses effets; pour qu'elle devînt caduque, il faudrait une disposition formelle qui n'existe point (n° 244).

Si le tuteur officieux n'a pas adopté son pupille pendant la minorité de celui-ci, l'adoption pourra se faire après sa majorité, dans la forme ordinaire de l'adoption entre-vifs (art. 368).

CHAPITRE II.

EFFETS DE L'ADOPTION.

Sommaire.

312. L'adoption crée une parenté fictive ou civile entre l'adoptant et l'adopté.
313. Effets de l'adoption quant aux personnes.
314. Droits de succession de l'adopté et de l'adoptant.

312. L'adoption crée une paternité et une filiation fictives ou purement civiles. Il est vrai que ces termes ne sont pas légaux, ils ne se trouvent pas dans nos textes; le mot *enfants adoptifs* n'est employé qu'une seule fois (art. 348). Mais telle est la pensée du législateur; c'est le motif pour lequel la loi veut que l'acte d'adoption soit inscrit sur les registres de l'état civil. Le code pénal de 1810 (art. 299) qualifie de parricide le meurtre des père et mère adoptifs, aussi bien que le meurtre des père et mère légitimes et naturels. C'est, en tout cas, une fiction, et il est de l'essence des fictions de ne produire d'autres effets que ceux que la loi y attache. Il y a une marque légale de cette paternité fic-

tive : l'adopté prend le nom de l'adoptant en l'ajoutant à son propre nom (art. 347). Toutefois la paternité naturelle subsiste et elle domine : l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve tous ses droits (art. 348) (nos 248-249).

L'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant; le lien purement civil qui résulte de l'adoption n'existe qu'entre l'adoptant et l'adopté. Il n'y a aucune parenté entre l'adopté et les parents de l'adoptant, ni entre l'adoptant et les parents de l'enfant adoptif. Ce principe s'applique même aux descendants de l'adopté, ils ne sont pas parents de l'adoptant (n° 250).

313. La seule conséquence qui résulte de cette parenté fictive pendant la vie de l'adoptant, c'est l'obligation alimentaire que la loi crée entre l'adoptant et l'adopté (art. 349). Il y a des prohibitions de mariage que la loi (art. 348) établit entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté; mais ces prohibitions ne sont pas fondées sur le lien de parenté civile que l'adoption crée, car il n'y a aucun lien de parenté entre ces personnes, sauf entre l'adoptant et l'adopté. L'orateur du Tribunat dit que le mariage doit être prohibé entre ceux qui sont destinés à vivre sous le même toit, sinon on encouragerait les mauvaises passions (nos 251 et 252).

314. L'adopté succède à l'adoptant; celui-ci ne succède pas à l'adopté (art. 350); l'adoptant n'a qu'un droit de succession spécial analogue à celui de l'ascendant donateur (art. 351 et 352). Nous traiterons cette matière au titre des *Successions*.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS LÉGITIMES.

---

§ I. *De la puissance paternelle sur la personne de l'enfant.*

Sommaire.

315. Droit de puissance paternelle n'a lieu.
316. A qui appartient la puissance paternelle? Les ascendants y interviennent-ils?
317. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère.
318. Du droit de garde et de l'exception que la loi y apporte.
319. Droit de correction du père.
320. Droit de correction de la mère.
321. De la procédure en matière de correction.
322. Quand cesse la puissance paternelle.

315. On lit dans les Institutes coutumières de Loysel : *Droit de puissance paternelle n'a lieu.* Nos coutumes ignoraient, en effet, la puissance paternelle, telle qu'elle existait chez les Romains. Ulpien dit que le père de famille a le *domaine* dans sa maison, c'est-à-dire le pouvoir absolu du propriétaire. Ce pouvoir absorbe et détruit tout droit et toute personnalité de ceux qui y sont soumis. La puissance paternelle était un droit du père, l'enfant était sans droit. Dans les coutumes germaniques, la *puissance* se change en *tutelle;* le *domaine* du père de famille devient la *mainbournie,* la *garde.* C'est le droit de l'enfant qui domine; le père n'a que des devoirs. Tel est aussi l'esprit du code civil. Le terme de *puissance paternelle* n'existe plus dans nos textes, et il a été effacé à dessein, parce que l'idée qui s'y attachait est étrangère à nos lois et à nos mœurs; on ne trouve le mot de *puissance* que dans le titre, mais la chose n'y est plus (nos 255-260).

316. « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation » (art. 372). Ainsi ce qu'on appelle puissance paternelle appartient aux *père* et *mère.* C'est le

principe coutumier, et c'est la nature même qui le dicte. Mais la loi ajoute (art. 373) que le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. Cela ne veut pas dire que la mère ne prend aucune part à l'éducation de l'enfant; la loi n'a pas entendu la dégager d'un devoir que la nature lui impose. Mais il faut de l'unité dans la direction; les père et mère délibèrent ensemble et décident s'ils sont d'accord : en cas de dissentiment, il fallait donner à l'un d'eux le pouvoir proprement dit. C'est naturellement le père, investi de la puissance maritale, qui devait avoir l'exercice de la puissance paternelle (n° 261).

Quand le père est dans l'impossibilité d'exercer la puissance paternelle, la mère en a l'exercice. La loi le dit en cas d'absence (art. 141); on admet qu'il en est de même quand le mari est aliéné ou interdit; la loi aurait dû le dire. Il y a lacune (n° 262).

Si l'un des père et mère vient à mourir, l'exercice de la puissance paternelle appartient au survivant; cela résulte des articles 373 et 381. En même temps la tutelle s'ouvre.

Pourquoi la loi organise-t-elle la tutelle, alors que l'enfant a un protecteur légal dans son père ou sa mère? Nous reviendrons sur cette question au titre qui est le siége de la matière. Quand le survivant se remarie, il conserve la puissance paternelle, toutefois son autorité est restreinte, en certains cas, comme nous le dirons plus loin (nos 264-266).

La puissance paternelle n'appartient jamais aux ascendants. Dans notre droit, cette puissance n'est autre chose que le devoir d'éducation et les droits que la loi accorde aux père et mère pour qu'ils puissent remplir ce devoir; or, les ascendants restent étrangers au devoir d'éducation. Donc ils n'ont pas l'autorité paternelle. Les droits que la loi leur reconnaît dans l'intérêt de la famille et des enfants n'ont rien de commun avec la puissance paternelle. Tels sont le droit de consentir au mariage de leur descendant, le droit d'y former opposition, le droit de consentir au divorce, le droit et l'obligation alimentaires. Ces droits appartiennent à d'autres parents et même à des alliés; preuve qu'ils ne dépendent pas de l'autorité que la loi donne aux père et mère (n° 267).

317. Quels sont les droits attachés à la puissance paternelle? L'article 371 porte que l'enfant, à tout âge, doit honneur et res-

pect à ses père et mère. C'est un devoir moral et religieux, qui n'a aucune conséquence juridique et, par conséquent, aucune sanction légale (n° 270).

318. L'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père (art. 374). S'il la quittait, il y pourrait être ramené par autorité de justice. C'est ce qu'on appelle le droit de garde, sans lequel l'éducation est impossible (n°s 271 et 272). La loi admet une exception au droit de garde. L'enfant peut, à l'âge de dix-huit ans accomplis, quitter la maison paternelle pour enrôlement volontaire. Cette disposition est contraire à tout principe. L'enfant mineur est incapable de disposer de quoi que ce soit, et on lui permet d'engager son avenir et de se perdre. La liberté laissée à l'enfant brise l'autorité paternelle, ce n'est pas une exception, c'est la destruction de toute autorité, de toute influence, et c'est mettre le père dans l'impossibilité de surveiller l'enfant, alors que la surveillance serait plus nécessaire que jamais n°273).

319. Le droit d'éducation implique le pouvoir de correction. En quoi consiste-t-il? La loi distingue entre le père et la mère.

Le pouvoir de correction du père varie d'après l'âge de l'enfant. S'il a moins de seize ans commencés, le père a le droit de le faire détenir par voie d'autorité; le président n'intervient que pour délivrer l'ordre d'arrestation, parce qu'aucun emprisonnement ne peut avoir lieu sans l'autorisation de la justice. Dans ce premier cas, la détention ne peut excéder un mois. Si l'enfant est âgé de seize ans commencés, le père peut seulement requérir la détention de l'enfant; c'est le président qui l'ordonne, et il peut la refuser. Dans ce second cas, la détention peut durer six mois (art. 376 et 377). Quelles sont les raisons de ces distinctions? Les fautes d'un enfant qui n'est pas encore dans sa seizième année sont naturellement moins graves que celles d'un enfant qui est adolescent, et qui est entré dans l'âge des passions. Cela explique la différence que la loi établit en ce qui regarde la durée de la détention. D'un autre côté, l'enfant qui n'a pas atteint quinze ans est trop jeune pour braver l'autorité paternelle; on ne doit donc pas craindre que le père veuille venger son autorité méprisée; tandis que, entre le jeune homme et le père, il peut naître des conflits, et l'on peut craindre que le père n'agisse par vengeance. Dans un

cas, le père punit pour corriger, son pouvoir est absolu ; dans l'autre cas, la justice décide entre le père et l'enfant (n° 276).

Il y a des cas où le père ne peut agir que par voie de réquisition, quoique l'enfant ait moins de quinze ans. 1° Lorsqu'il est marié (art. 380); la loi ne lui suppose plus la même tendresse, ni la même impartialité (n° 277); 2° lorsque l'enfant a des biens personnels (art. 382). Cette étrange exception a été proposée par le consul Cambacérès, par la raison que le père ferait acheter à l'enfant sa liberté; cela n'a pas de sens, puisque l'enfant mineur ne peut disposer de rien (n° 278); 3° quand l'enfant a un état (art. 382); la détention, en la supposant injuste, pourrait lui être très-préjudiciable. Cela ne prouve-t-il pas que la justice devrait toujours intervenir? Nos lois politiques ne connaissent plus de pouvoir absolu; celui du père devrait être d'autant plus limité, que ce n'est pas un pouvoir (nos 279 et 276).

La loi donne au père le droit de grâce, pour marquer que dans ses mains la justice ne doit jamais être séparée de la charité (n° 281). Il est toujours maître d'abréger la détention, non-seulement quand il l'ordonne, mais aussi quand il la requiert (art. 379).

320. Quand la mère exerce la puissance paternelle, elle peut aussi faire détenir l'enfant; mais son pouvoir est soumis à des restrictions. Elle ne peut agir que par voie de réquisition, et de plus, la loi exige le concours des deux plus proches parents paternels (art. 381). Pothier donne la raison des restrictions auxquelles les mères sont soumises : « La faiblesse de leur jugement et le caractère d'emportement assez ordinaire à ce sexe empêchent qu'on ne puisse compter sur le jugement de la mère comme sur celui du père » (n° 282).

Si la mère se remarie, elle ne peut plus faire détenir l'enfant de son premier lit, quoiqu'elle conserve l'autorité paternelle (art. 381). Placée sous la puissance de son second mari, ce serait lui qui exercerait ce pouvoir rigoureux; or, la loi se défie, et avec raison, des sentiments de celui qu'on appelle *parâtre*, bien que les *marâtres* aient encore un plus mauvais renom. On applique, dans ce cas, l'article 468 relatif au pouvoir de correction du tuteur (n° 284).

321. L'enfant est détenu dans une maison de correction. Le

système cellulaire permet aujourd'hui de le mettre à l'abri de la contagion du vice (n° 285).

La loi veut (art. 378) qu'il n'y ait aucune écriture, ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre d'arrestation, qui est de rigueur pour qu'une personne soit privée de sa liberté; cet ordre n'énonce pas les motifs de la détention. Donner de la publicité à une mesure de discipline, c'eût été éterniser le souvenir d'une punition qui doit corriger l'enfant et non le flétrir pour toute sa vie (n° 286). Le père est seulement tenu de souscrire une soumission de payer les frais et de fournir les aliments (n° 287).

L'enfant n'a pas le droit d'appel. Dans les cas prévus par l'article 382, il peut adresser un mémoire au procureur général, lequel se fera rendre compte par le procureur impérial au tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la cour d'appel; celui-ci, après avoir donné avis au père et après avoir recueilli tous les renseignements, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal. C'est une disposition spéciale et exceptionnelle portée pour des cas où la situation de l'enfant est particulièrement favorable, quand il exerce un état ou qu'il a des biens personnels; elle ne peut donc pas être étendue aux autres cas dans lesquels l'enfant est détenu par voie de réquisition. Quand il est détenu par voie d'ordre, il ne saurait être question d'un recours (n° 288).

322. Quand cesse la puissance paternelle? Elle finit de droit à la majorité (art. 372). C'est le principe du droit coutumier. Etablie dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité du père ne peut plus durer à un âge où l'enfant est capable de tous les actes de la vie civile (n° 289). La puissance paternelle peut finir avant la majorité par l'émancipation; c'est le père lui-même qui abdique alors son autorité. Le code traite de l'émancipation dans le titre consacré à la tutelle.

La puissance paternelle cesse encore, à titre de peine, quand les père et mère favorisent la prostitution et la corruption de leurs enfants : ils sont alors privés des droits et avantages qui leur sont accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le code civil (c. p. belge, art. 379-382). La déchéance devrait être générale, pour cause d'indignité (n° 290).

Y a-t-il d'autres cas dans lesquels le père peut être déchu de

la puissance paternelle pour cause d'indignité? Il maltraite l'enfant, il lui refuse les aliments nécessaires, il le perd au lieu de le moraliser. Ce monstre restera-t-il investi de la puissance paternelle? Il n'y a pas de loi qui permette aux tribunaux de prononcer la déchéance de la puissance paternelle, en dehors des dispositions du code pénal que nous venons de citer. Le silence de la loi ne décide-t-il pas la question? Nous le croyons, tout en déplorant l'oubli du législateur, dont la plus belle mission devrait être de veiller aux intérêts et aux droits des enfants, puisqu'ils forment l'avenir de la société. La question est controversée (nº 291); les tribunaux se sont mis au-dessus de la loi, ce qui est presque inévitable quand le législateur laisse des lacunes aussi regrettables dans ses dispositions.

§. II. *De l'administration légale.*

Sommaire.

323. «Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs » (art. 389). On appelle ce pouvoir *administration légale*, parce que c'est la loi qui la donne au père. Le père a, pendant le mariage, autorité sur la personne de l'enfant; il a aussi, d'après le droit commun, la gestion des intérêts de la famille, puisqu'il est seigneur et maître de la communauté; la loi devait lui confier également l'administration des biens de l'enfant (nº 296).

Quelle est l'étendue de ce pouvoir d'administration? La loi ne le dit pas; de là de grandes difficultés. Nous devons nous borner à poser le principe. Il s'agit de savoir d'abord si l'on doit assimiler l'administration légale du père à l'administration du tuteur. La loi dit de l'un et de l'autre qu'ils administrent les biens de l'enfant mineur (art. 450 et 389). Sous ce rapport, il y a analogie entre le père et le tuteur. En faut-il conclure que les règles concernant la gestion du tuteur sont applicables au père administrateur? La négative, à notre avis, est certaine; elle se fonde sur la

volonté du législateur. C'est le Tribunat qui a proposé la disposition de l'article 389; et il dit formellement que le père n'est pas un tuteur, qu'il n'est pas soumis au contrôle d'un conseil de famille, ni à la surveillance d'un subrogé tuteur. L'orateur du gouvernement s'explique dans le même sens. Jusqu'à la dissolution du mariage, il n'y a pas lieu à tutelle; le mineur trouve une protection suffisante dans ses père et mère. Cela est vrai des biens comme des personnes; en ce sens, une coutume disait : « Les père et mère sont légitimes administrateurs des *corps* et *biens* de leurs enfants pupilles » (n° 302).

324. Voilà un premier principe : il faut écarter toute assimilation entre l'administration du père et celle du tuteur. Reste à savoir ce que le père peut faire en qualité d'administrateur et ce qu'il ne peut pas faire. La loi dit que le père est *administrateur* des biens de ses enfants; il administre le patrimoine d'autrui; il a donc les droits et les obligations de tout administrateur. Celui qui administre les biens d'un tiers ne peut faire que des actes d'administration, il ne peut pas faire d'actes de disposition. Ce principe est fondé sur les droits que donne la propriété; c'est un droit absolu et exclusif, le propriétaire peut disposer de sa chose comme il l'entend, mais lui seul a ce pouvoir (art. 544); donc, l'administrateur n'a pas le droit de disposition. L'article 389 consacre implicitement ce principe en déclarant le père comptable de la propriété des biens. Le père est *comptable*, parce qu'il n'est qu'administrateur; il est comptable de la *propriété*, parce qu'il n'en peut pas disposer (n° 303).

Le principe que le père ne peut faire que des actes d'administration, ne suffit pas. Il faut préciser ce qu'on entend par actes d'administration. Ici revient la question de l'analogie entre la tutelle et l'administration légale. En matière de tutelle, la loi distingue aussi les actes de disposition que le tuteur ne peut point faire, et les actes d'administration qui entrent dans les limites de ses attributions. Est-ce à dire qu'on puisse appliquer ces distinctions à l'administration légale? Non, car la loi n'établit pas la distinction comme un principe; elle consacre des règles spécialement relatives à la tutelle. Ainsi accepter une donation n'est pas un acte de disposition, c'est plutôt un acte d'administration; néanmoins, pour des motifs de moralité, la loi dispose que

le tuteur ne peut accepter une libéralité faite au mineur qu'avec autorisation du conseil de famille (art. 463). Il suit de là que l'argumentation analogique est impossible en cette matière. C'est la nature des actes qu'il faut considérer pour déterminer si ce sont des actes d'administration. Tout acte concernant les biens est ou un acte d'administration ou un acte de disposition. Les actes de disposition sont ceux qui entraînent une aliénation totale ou partielle d'un bien quelconque; si l'acte n'entraîne pas une aliénation, il est par cela même un acte d'administration (n° 304). Tel est le principe; nous renvoyons, quant aux applications, à notre traité approfondi (nos 307-316).

§ III. *De l'usufruit légal des père et mère.*

Sommaire.

325. Pourquoi la loi donne-t-elle l'usufruit aux père et mère sur les biens de leurs enfants?
326. A qui appartient l'usufruit légal?
327. Sur quels biens est-il établi?
328. La jouissance légale des père et mère est-elle un usufruit?
329. Quelles sont les charges de l'usufruit légal?
330. Quand l'usufruit légal cesse-t-il?

325. « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère, auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans » (art. 384). C'est cette jouissance qu'on appelle l'usufruit légal. On dit que la loi donne l'usufruit aux père et mère, à titre de récompense de l'éducation des enfants. La raison n'est pas solide. L'éducation est un devoir que la nature et les lois imposent aux père et mère. Conçoit-on qu'ils aient de ce chef une récompense? Toujours est-il que c'est un avantage pécuniaire; il n'est pas d'ordre public. Le code civil le reconnaît en disposant que des biens peuvent être donnés aux enfants, sous la condition que les père et mère n'en jouiront pas (n° 324).

326. A qui appartient l'usufruit légal? Au père durant le mariage, et au survivant des père et mère, après la dissolution du mariage (art. 387), c'est-à-dire à celui qui exerce la puissance paternelle, ou à celui qui élève les enfants. Cela est très-logique,

puisque c'est une récompense attachée au devoir d'éducation. Il suit de là que l'usufruit appartient à la mère, même pendant le mariage, quand elle exerce la puissance paternelle. Cela nous paraît certain, en cas d'absence, puisque la loi lui confère la direction des enfants (art. 141). En principe, il doit en être de même quand le mari est interdit; mais il y a un doute, parce qu'il n'y a pas de texte (nº 325).

327. Sur quels biens l'usufruit légal est-il établi? L'article 389 répond : Sur les *biens* des enfants, donc tous leurs biens. Il suit de là que l'usufruit est universel, et que les père et mère ont les droits ainsi que les obligations attachés à l'usufruit universel.

La loi excepte cependant certains biens de la jouissance légale : 1º ceux que les enfants acquièrent par un travail et une industrie séparés. Le législateur veut favoriser la libre activité de l'enfant, ce qui est très-moral; 2º ceux qui sont donnés ou légués à l'enfant, sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas. La condition doit être expresse, parce qu'elle déroge au droit commun (nº 326).

328. La jouissance légale des père et mère est-elle un véritable usufruit? On peut appliquer à cette jouissance la définition que l'article 578 donne de l'usufruit; le père a le droit de jouir des biens dont les enfants ont la propriété. Il est vrai que les articles 384-387, qui accordent cet avantage aux père et mère, le qualifient de *jouissance*, mais les articles 389 et 601 lui donnent le nom d'usufruit. L'article 385 dit que les charges de cette jouissance sont celles auxquelles sont tenus les usufruitiers; s'ils ont les charges, ils doivent aussi avoir les droits. Il faut donc poser en principe que la jouissance du père est un usufruit légal (nº 328).

329. Les charges de l'usufruit légal sont : 1º celles auxquelles sont tenus les usufruitiers (art. 385, 1º), il faut ajouter les usufruitiers universels, puisque la jouissance comprend tous les biens de l'enfant. La loi dispense toutefois les père et mère de l'obligation de donner caution (art. 601); le législateur a pensé que la plus forte garantie que l'enfant puisse avoir se trouve dans les sentiments de la nature, qui intéressent le père au bien-être de ses enfants. La loi dispense encore le père usufruitier de l'obligation qui incombe aux tuteurs de vendre les meubles du pupille

(art. 453); ils ont le droit de jouir, donc ils doivent avoir le droit de garder les objets grevés de leur usufruit (nos 330 et 329).

2° « La nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune » (art. 385, 2°). Il ne faut pas confondre cette charge avec l'obligation qui incombe toujours aux père et mère, alors même que les enfants n'ont point de biens personnels. La loi ne précise pas l'étendue de cette obligation générale, de sorte que le père, quoique riche, y satisferait en élevant son enfant comme un artisan. Il n'en est pas de même lorsque l'enfant a des biens dont le père a la jouissance; dans ce cas, l'éducation qu'il reçoit doit être en proportion de la fortune dont il jouit (n° 331).

3° « Le payement des arrérages ou intérêts des capitaux » (art. 385, 3°). Il s'agit des intérêts et arrérages qui étaient échus, lorsque l'usufruit s'est ouvert. Cela résulte de la combinaison du n° 3 avec le n° 1 de l'article 385. La loi commence par dire que le père usufruitier est tenu des charges ordinaires de l'usufruit; il doit donc, en sa qualité d'usufruitier universel, supporter les intérêts et arrérages qui échoient pendant la durée de sa jouissance. Puis le n° 3 impose au père usufruitier une charge spéciale, en disant qu'il est tenu du payement des arrérages ou intérêts des capitaux. Il est impossible que cette charge spéciale soit la même que l'obligation générale dont il est question dans le n° 1; elle doit donc porter sur les arrérages et intérêts échus lors de l'ouverture de l'usufruit. Ce qui confirme cette interprétation, c'est qu'il en était ainsi dans le droit coutumier pour la garde noble, et les dispositions du code sur l'usufruit sont empruntées aux coutumes (n° 332).

4° « Les frais funéraires et ceux de dernière maladie. » Il s'agit des frais funéraires, non de l'enfant, mais de celui à qui l'enfant a succédé. C'est encore une disposition des coutumes que le code a maintenue (n° 333).

330. Quand l'usufruit légal cesse-t-il? Il prend fin :

1° Lorsque les enfants ont atteint l'âge de dix-huit ans accomplis. L'usufruit étant attaché à la puissance paternelle devrait durer jusqu'à la majorité. C'était la disposition du projet. Au conseil d'Etat on la critiqua, par le motif que si l'usufruit ne cessait qu'à la majorité, il serait à craindre que le père ne refusât son consentement à l'émancipation par le mariage, pour conserver la

jouissance des biens. Un pareil soupçon est un outrage pour les père et mère, le législateur n'aurait pas dû se le permettre (n° 335).

2° « Par l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans (art. 384). » Le père peut émanciper l'enfant dès qu'il a quinze ans; or l'émancipation met fin à la puissance paternelle, donc aussi à l'usufruit qui y est attaché. Il en serait de même si l'enfant se mariait avec dispense avant l'âge de quinze ans, car le mariage émancipe de plein droit (n° 336).

3° Quand le divorce est prononcé pour cause déterminée, l'époux coupable est déchu de l'usufruit légal. C'est une peine, (art. 386) (n° 337).

4° La jouissance de la mère cesse dans le cas d'un second mariage (art. 386). D'après la coutume de Paris, la jouissance du père cessait pour la même cause; cela était plus logique (n° 338).

5° Quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le survivant doit faire inventaire. S'il manque à cette obligation, il perd l'usufruit légal (art. 1442). Nous reviendrons sur cette disposition au titre du *Contrat de mariage*.

6° Lorsque les enfants d'un héritier indigne sont appelés à la succession, à l'exclusion de leur père, celui-ci ne peut réclamer l'usufruit légal des biens qui composent l'hérédité (art. 730). C'est une peine attachée à l'indignité.

7° Les père et mère qui ont favorisé la prostitution de leur enfant sont privés des droits et avantages que le code civil leur accorde sur les biens de l'enfant (C. p. belge, art. 382).

8° L'usufruit légal s'éteint par la mort de l'enfant. Le code ne le dit pas, mais cela résulte des principes. La loi accorde au père la jouissance des biens de ses enfants, comme récompense des soins qu'il donne à leur éducation; le devoir d'éducation cessant à la mort de l'enfant, l'avantage qui y est attaché doit aussi cesser (n° 343).

CHAPITRE II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE SUR LES ENFANTS NATURELS.

Sommaire.

331. Les père et mère naturels ont la puissance paternelle. Règle d'interprétation.
332. Qui exerce cette puissance, quand l'enfant est reconnu par ses père et mère ?
333. Quels sont les droits des père et mère sur la personne de l'enfant?
334. Quels sont les droits des père et mère sur les biens de l'enfant?

331. Le code civil accorde la puissance paternelle aux père et mère naturels. Cela se comprend. Ce n'est pas dans l'intérêt des père et mère que la puissance paternelle est établie, c'est dans l'intérêt des enfants; or les enfants naturels ont droit à l'éducation aussi bien que les enfants légitimes. Mais le code ne s'explique que sur le pouvoir de correction, en déclarant applicables aux père et mère naturels les articles 376-379. Il y a des lacunes. Comment les combler? Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte de la loi. Il s'agit d'une matière d'ordre public; le législateur seul peut établir des obligations et donner des droits quand l'état des personnes est en cause, parce que c'est la loi qui crée l'état, et, par suite, les droits et obligations qui en résultent (n° 347).

332. Qui exerce l'autorité paternelle quand l'enfant est reconnu par ses père et mère? A notre avis, ils y ont un titre égal, et ils l'exercent concurremment. En théorie, cela est certain; la mère et le père contractent le même devoir envers l'enfant auquel ils donnent le jour. Quant à l'article 373 qui donne au père l'exercice exclusif de la puissance paternelle, pendant le mariage, il est inapplicable aux parents naturels, puisqu'il n'y a aucun lien juridique entre eux (n° 348). S'il y a conflit entre les père et mère, les tribunaux les videront, comme ils vident toute contestation (n° 350). Cela est cependant controversé; dans l'opinion générale, on aboutit à donner aux juges un pouvoir discrétionnaire.

333. Quels sont les droits des père et mère sur la personne de l'enfant? La loi se borne à renvoyer aux articles qui concernent

le pouvoir de correction ; en faut-il conclure que tous les autres sont inapplicables? Cela serait absurde, car il en résulterait que les père et mère n'ont pas la puissance paternelle, puisque le code ne renvoie pas à l'article 372, lequel reconnaît aux père l'autorité sur leurs enfants jusqu'à leur majorité. En donnant aux père et mère le pouvoir de correction, la loi leur donne implicitement le droit ou le devoir d'éducation, or la puissance paternelle n'est pas autre chose. Donc l'autorité paternelle est identique, que les enfants soient naturels ou légitimes. Il n'y a de différence que pour le pouvoir de correction; voilà pourquoi la loi en parle spécialement (nº 352).

Le code ne renvoie pas à tous les articles qui concernent le pouvoir de correction; il entend donc exclure l'application des autres. Ainsi il n'y a pas lieu de limiter le pouvoir du père quand il contracte mariage, ou quand l'enfant exerce un état ou a des biens personnels (art. 380-382). Il en résulte que le pouvoir du père naturel est plus étendu que celui du père légitime. Cela n'est pas aussi absurde qu'on le dit. L'autorité paternelle est établie dans l'intérêt de l'enfant; et l'enfant naturel n'est-il pas, par le malheur de sa naissance, moins respectueux, moins soumis, plus indiscipliné que l'enfant légitime? Donc il faut une main plus ferme pour l'élever et un pouvoir plus fort (nº 357). Il en est de même du pouvoir de la mère naturelle; la loi ne le limite pas, donc il est le même que celui du père (nº 358).

334. Quels sont les droits des père et mère naturels sur les biens de l'enfant? A notre avis, ils ont l'administration de ses biens. C'est un devoir attaché à la puissance paternelle; or, la loi accorde cette puissance aux père et mère naturels (nº 359). Ils n'ont pas l'usufruit légal. Le texte ne le leur accorde pas, et l'esprit de la loi s'y oppose : la jouissance des biens est une récompense que la loi donne aux père et mère, or la loi ne peut pas récompenser ceux qui vivent en concubinage (nº 360).

TITRE X.

DE LA TUTELLE.

CHAPITRE Ier.

ORGANISATION DE LA TUTELLE.

Sommaire.

335. Des mineurs et de la tutelle.
336. Définition de la tutelle. Elle est d'ordre public.

335. L'article 388 porte que « le mineur est l'individu de l'un et de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de vingt et un ans accomplis »; et aux termes de l'article 488, on est capable de tous les actes de la vie civile à cet âge; le mineur est donc incapable des actes de la vie civile. C'est une incapacité naturelle. La loi doit veiller à l'éducation et aux intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes gouverner leur personne et leurs biens. Jusqu'à quand doit durer l'incapacité légale qui résulte de la faiblesse de l'âge? Cela dépend du climat et des institutions politiques. Dans l'ancien droit, on suivait généralement les lois romaines, qui fixent la majorité à vingt-cinq ans. La loi du 20 septembre 1792 établit la majorité actuelle; elle était déjà admise dans plusieurs provinces de l'ancienne France, sans que les intérêts privés et l'ordre public en souffrissent. La constitution de l'an VIII l'étendit à l'exercice des droits politiques. Le code civil la maintint (n° 361).

Le code organise la tutelle au titre qui est intitulé *De la Minorité*. Il n'en faut pas conclure que tout mineur a nécessairement un tuteur. Tant que l'enfant légitime a ses père et mère, il est sous puissance paternelle; la tutelle ne s'ouvre qu'après la dissolution du mariage. Quant aux enfants naturels, la question est controversée; nous y reviendrons (n° 363).

336. On définit la tutelle une charge civile déférée à une personne par la loi ou en vertu de ses dispositions, pour admi-

nistrer gratuitement la personne et les biens du mineur. Il y a une grande analogie entre la tutelle et la puissance paternelle, L'objet est le même, l'éducation de l'enfant et l'administration de ses biens ; mais le pouvoir diffère. Les père et mère ont l'autorité paternelle, tandis que le tuteur n'a qu'une charge, il n'y a pas de puissance tutélaire. Quant aux biens, nous avons déjà signalé la différence que la loi met entre l'administration légale du père et la gestion du tuteur (n° 364).

Nous disons que la tutelle est une charge *civile;* la doctrine traditionnelle la considère comme étant de droit public. Le code n'a pas consacré la tradition, et avec raison ; gérer des biens et prendre soin de la personne d'un enfant, ne sont pas des fonctions publiques. Toutefois la tutelle, ayant pour objet de veiller à la personne et aux intérêts de personnes incapables, est par cela même d'ordre public ; d'où suit qu'il n'y peut être dérogé par des conventions particulières (art. 6), et que les juges, en cette matière, n'ont d'autre autorité que celle que la loi leur accorde. Quand ils interviennent dans la tutelle, c'est à titre de juridiction volontaire ou gracieuse, et dans notre droit moderne, ils ne sont investis de cette juridiction que par exception, or toute exception est d'étroite interprétation (n° 368).

SECTION I. — Des diverses espèces de tutelles.

§ I. *De la tutelle légitime.*

Sommaire.

337. Le survivant des père et mère est tuteur de droit. Pourquoi la loi fait-elle concourir la tutelle avec la puissance paternelle ?
338. En quoi la tutelle de la mère survivante diffère-t-elle de la tutelle du père ?
339 Quand y a-t-il lieu à la nomination d'un curateur au ventre, et quelles sont ses fonctions ?

337. « Après la dissolution du mariage, arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle des enfants mineurs et non émancipés appartient de plein droit au survivant des père et mère » (art. 390). Le survivant des père et mère a aussi la puissance paternelle (art. 373 et 381 par argument). Pourquoi y a-t-il tout ensemble tutelle et puissance paternelle ? Pourquoi la loi ne se contente-t-elle pas de l'autorité du père ? C'est que la situation de

l'enfant change quand l'un de ses père et mère vient à mourir, il perd un des protecteurs que la nature lui a donnés, et à ce moment même il acquiert des droits dont l'exercice peut le mettre en conflit avec le survivant; il est héritier du prédécédé, et le survivant a aussi des droits à exercer sur le patrimoine du défunt. Les intérêts étant opposés, il faut à l'enfant des garanties nouvelles; c'est pour les lui donner que la loi organise la tutelle à côté de la puissance paternelle. Le tuteur est contrôlé par le conseil de famille et par le subrogé tuteur; il est soumis à l'hypothèque légale. Aucune de ces mesures de défiance n'existe à l'égard du père; quand même il aurait des intérêts contraires à ceux de l'enfant, la loi suppose que l'appui des père et mère offre à l'enfant un garantie suffisante. D'ordinaire le survivant des père et mère est aussi tuteur, il réunit alors la puissance paternelle et la tutelle; celle-ci limite, dans ce cas, l'autorité du père, nous dirons plus loin en quel sens. Le survivant peut ne pas être tuteur, il conserve néanmoins la puissance paternelle; l'administration des biens passe alors au tuteur, et le père conserve le droit et le devoir d'éducation (n° 263).

338. La tutelle du survivant est, en général, régie par le droit commun. Il y a cependant des exceptions. La mère est tutrice légitime, aussi bien que le père, mais celui-ci, comme tout tuteur, est obligé de gérer la tutelle, tandis que la mère peut la refuser (art. 394). Il se peut que la femme n'ait pas l'expérience des affaires qui lui serait nécessaire pour gérer des biens considérables; la loi lui permet de refuser; il y a lieu, dans ce cas, à faire nommer un tuteur par le conseil de famille; jusqu'à la nomination, la mère doit remplir les devoirs de tutrice (n° 376).

Il y a une seconde différence entre la tutelle du père et celle de la mère. Le père peut nommer à la mère survivante et tutrice un conseil spécial sans l'avis duquel elle ne pourra faire aucun acte relatif à la tutelle (art. 391). Il importe que la mère reste tutrice, quand même elle n'aurait pas l'expérience des affaires, car personne ne peut remplacer l'affection maternelle. C'est pour que la mère puisse conserver la tutelle que la loi permet au père de lui nommer un conseil; ce qui se fait par testament ou par une déclaration devant le juge de paix (art. 392), ou devant notaire (n° 377). L'*avis* que le conseil est appelé à donner est une assis-

tance (art. 391), c'est-à-dire le concours dans l'acte; sans ce concours l'acte serait nul (nos 380 et 382). La femme est incapable d'agir seule; le conseil intervient pour couvrir son incapacité; donc, sans l'avis du conseil, la femme est sans droit. Il va sans dire que la mère ne peut pas nommer de conseil au père; celui-ci est toujours présumé capable, tant qu'il a l'exercice de ses droits civils.

L'article 395 contient une troisième disposition spéciale à la femme : « Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille, qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. » Il n'y a pas de bonne raison de la différence que la loi fait entre la mère et le père qui se remarient; on peut dire de l'un et de l'autre qu'un second mariage fait douter de l'affection qu'ils ont pour les enfants du premier lit. Il est vrai que la mère tombe sous puissance de son second mari, de sorte que de fait celui-ci exercera la tutelle. Mais la seconde femme, si elle n'a pas de pouvoir légal, n'a-t-elle pas une autre influence plus grande et plus dangereuse? Le conseil de famille peut conserver la tutelle à la mère qui se remarie, ou la lui enlever. S'il la lui conserve, il lui donne nécessairement le mari pour cotuteur; la raison en est, comme nous venons de le dire, que le second mari gérera réellement la tutelle; la loi veut que celui qui est tuteur de fait le soit aussi de droit. Si la mère ne convoque pas le conseil de famille, elle perd la tutelle de plein droit, et si elle continue à la gérer, soit par ignorance de la loi, soit parce qu'elle n'aime pas à exposer son mariage à la critique du conseil de famille, le second mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la femme aura indûment conservée (art. 395). Cette responsabilité ne s'étend pas à la gestion antérieure au mariage; le mari ne peut pas être responsable alors qu'il n'est pas débiteur, et il ne devient débiteur que par le fait de son mariage. Les travaux préparatoires prouvent que c'est en ce sens que l'article 395 a été rédigé (nos 384, 386, 387, 389). Il y a cependant controverse.

339. « Si, lors du décès du mari, la femme est enceinte, il sera nommé un curateur au ventre par le conseil de famille. A la naissance de l'enfant, la mère en deviendra tutrice, et le curateur en deviendra de plein droit le subrogé tuteur » (art. 393). On

suppose qu'à la mort du mari, il n'y a pas d'enfants. A qui passeront, dans ce cas, les biens du défunt? La chose est incertaine. Si réellement la femme est enceinte, et si l'enfant naît viable, c'est lui qui héritera, et la mère sera usufruitière des biens et tutrice de l'enfant. Mais la femme peut simuler une grossesse, pour avoir la jouissance de la fortune du défunt, et quand même la grossesse est réelle, l'enfant peut ne pas naître viable. S'il naissait non viable, il y aurait un nouveau danger pour les héritiers, c'est que la mère cache pendant quelque temps la mort de l'enfant, pour lui succéder. Il fallait donc un surveillant, de là l'institution d'un curateur au ventre (n° 393). Outre cette surveillance, le curateur doit encore administrer les biens délaissés par le mari. Cela est de tradition, la mère ne peut pas avoir l'administration, puisqu'elle n'est pas encore tutrice; elle ne le sera que si l'enfant naît viable (n° 395).

§ II. *De la tutelle testamentaire.*

Sommaire.

340. Quand y a-t-il lieu à la tutelle testamentaire?
341. La mère remariée et maintenue dans la tutelle peut-elle nommer un tuteur?
342. Le tuteur élu doit-il accepter?

340. Le dernier mourant des père et mère peut choisir un tuteur, parent ou étranger (art. 397). On appelle cette tutelle *testamentaire*, parce qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort du père ou de la mère tuteurs. La nomination se fait par testament ou par une déclaration reçue par le juge de paix ou par un notaire (art. 398, 392).

Pourquoi la loi donne-t-elle ce droit au dernier mourant des père et mère? Parce que, mieux que personne, il sait qui est le parent ou l'ami digne de prendre sa place. Cela suppose que la tutelle deviendra vacante par sa mort, ce qui implique que le dernier mourant l'exerce. Si le dernier mourant n'exerce pas la tutelle, parce qu'il l'a refusée ou qu'il s'est excusé, ou s'il a été exclu ou destitué, il y a un tuteur en exercice, celui qui a été nommé par le conseil de famille; or, le dernier mourant ne peut pas enlever la tutelle à celui qui l'exerce légalement (n°s 396 et 397).

341. La mère remariée et maintenue dans la tutelle peut nom-

mer un tuteur à ses enfants du premier lit, mais son choix doit être confirmé par le conseil de famille. Elle peut nommer un tuteur, car elle est tutrice légitime; le conseil de famille n'a fait que la maintenir dans cette tutelle légale. Toutefois puisqu'il a fallu une délibération du conseil de famille pour la maintenir dans la tutelle, il est logique que le conseil confirme aussi la nomination qu'elle fait en mourant. Cela est aussi fondé en raison. La femme remariée est sous l'influence de son nouveau conjoint; il est bon que la famille intervienne pour examiner si le tuteur que la mère a nommé est digne de remplir cette mission (n° 398).

342. Le tuteur choisi par le dernier mourant des père et mère est obligé d'accepter la tutelle, comme tout tuteur. Mais il peut se prévaloir des excuses admises par la loi. C'est le droit commun : l'article 401 le consacre (n° 399).

§ III. *De la tutelle des ascendants.*

Sommaire.

343. Les ascendants sont appelés à la tutelle par la loi. C'est donc une tutelle légale. Les ascendantes ne sont pas tutrices légitimes; la mère seule est tutrice de droit, les autres ascendantes peuvent seulement être nommées tutrices par le conseil de famille (art. 442). Il eût été dangereux d'admettre de plein droit comme tutrices des personnes en qui la faiblesse du sexe se joint à la faiblesse de l'âge : ce sont les paroles de l'orateur du gouvernement. C'est au conseil, et s'il y a lieu, au dernier mourant des père et mère de nommer l'ascendante qui serait en état de porter le lourd fardeau de la tutelle (n° 400).

344. Quand y a-t-il lieu à la tutelle des ascendants? L'article 402 répond : « Lorsqu'il n'a pas été choisi un tuteur par le dernier mourant de ses père et mère. » Cela suppose que le dernier mourant exerçait la tutelle. S'il ne l'exerçait pas, soit qu'il ait refusé, ou qu'il ait été excusé, ou destitué, il y a un tuteur nommé par le conseil de famille, partant, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants (art. 405). Pourquoi la loi préfère-t-elle la tutelle dative à celle des ascendants, tant qu'il y a un survivant des

père et mère? Il n'y a qu'une raison de délicatesse, qui est très-faible : on dit que les convenances s'opposent à ce qu'un ascendant soit appelé à la tutelle, tant que le père ou la mère vit (n° 401).

Si le survivant des père et mère nomme un tuteur, il va sans dire que les ascendants sont exclus; le dernier mourant a dû avoir des raisons pour ne pas laisser les ascendants venir à la tutelle : la loi respecte sa décision. Elle exclut même la tutelle des ascendants quand le tuteur testamentaire est excusé ou exclu, parce que le législateur suppose que le père ou la mère tuteur ont nommé un tuteur testamentaire, à cause de l'incapacité des ascendants (n° 402).

345. Dans quel ordre les ascendants viennent-ils à la tutelle? La tutelle est d'abord déférée à l'aïeul paternel; à son défaut, l'aïeul maternel est appelé, et ainsi en remontant, de manière que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré (art. 402). S'il y a une différence de degrés, l'ascendant le plus proche est préféré, quand même ce serait un aïeul maternel; c'est seulement à égalité de degré que la loi appelle de préférence l'ascendant paternel.

Lorsqu'il n'y a pas d'ascendants au second degré, il peut y avoir concurrence entre deux ascendants d'un degré supérieur, appartenant tous les deux à la ligne paternelle du mineur; la tutelle passera, dans ce cas, à celui des deux qui se trouvera être l'aïeul paternel du père du mineur (art. 403). Le seul motif de cette préférence est que l'enfant porte le nom de l'aïeul paternel de son père; comme ce motif n'existe point quand la concurrence existe entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, la loi défère au conseil de famille le choix entre ces deux aïeux (n° 403).

Si l'ascendant appelé à la tutelle est excusé, exclu ou destitué, la nomination du tuteur se fera par le conseil de famille (art. 405).

§ IV. *De la tutelle dative.*

Sommaire.

346. Il résulte de ce que nous venons de dire et de l'article 405 qu'il y a lieu à la nomination du tuteur par le conseil de

famille, dans les cas suivants : 1° lorsqu'un enfant mineur reste sans père ni mère, que le dernier mourant n'a pas choisi de tuteur, et qu'il n'y a pas d'ascendants mâles ; 2° lorsque la mère survivante refuse la tutelle ; 3° lorsque le père survivant, le tuteur testamentaire ou l'ascendant appelé à la tutelle légale sont excusés ou exclus ; 4° lorsque la veuve qui se remarie ne convoque pas le conseil de famille, ou n'est pas maintenue dans la tutelle (n° 406).

347. Tel est l'ordre que la loi suit pour les diverses espèces de tutelles. On demande quelle est la raison de cet ordre. Ce n'est pas toujours le plus proche parent qui est nécessairement tuteur. Quand le survivant des père et mère refuse ou s'excuse, la tutelle ne passe pas aux ascendants, c'est le conseil de famille qui choisit le tuteur, et il peut choisir un étranger. Le législateur est guidé uniquement, dans la délation de la tutelle, par l'intérêt du mineur. Il faut à l'orphelin un protecteur et un guide qui l'aime ; car les enfants ont besoin d'amour, comme ils ont besoin d'air et de soleil pour vivre. Chez qui trouveront-ils ces soins affectueux, cette indulgence qui ne se rebute jamais, et qui seule légitime la sévérité parfois nécessaire? Avant tout, chez le survivant de leurs père et mère. S'il vient à décéder avant la majorité de l'enfant, la tutelle ne passe pas au parent le plus proche : c'est au père ou à la mère de désigner celui qui tiendra lieu de père à l'orphelin. Si les père et mère n'usent pas de cette faculté, la loi appelle les ascendants ; ici l'on a critiqué la loi, parce qu'elle choisit pour tuteurs ceux que leur âge ou leurs infirmités rendent incapables de cette charge. Nous croyons que les critiques ont méconnu l'esprit de la loi. La qualité essentielle du tuteur, c'est l'amour qu'il porte aux orphelins qu'il doit élever. Les ascendants sont donc indiqués par la nature ; il y a des parents plus proches, mais les orphelins ne sont pas le sang de leur sang : le conseil de famille choisira (n° 367).

348. On nomme tutelle *dative* celle qui est déférée par le conseil de famille. La loi veille à ce que le conseil soit réuni le plus tôt possible, afin que le mineur ne reste pas sans défenseur. Aux termes de l'article 406, les parents du mineur, ses créanciers ou autres parties intéressées peuvent requérir la convocation du conseil de famille. Le juge de paix peut le convoquer

d'office. Comme il pourrait ignorer le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur, la loi permet à toute personne de le lui dénoncer. Quand une tutelle en exercice devient vacante, le subrogé tuteur est chargé de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en résulter pour le mineur (art. 424).

349. Le conseil peut-il nommer plus d'un tuteur? Toutes les dispositions du code supposent que le tuteur est unique. Ce principe est fondé en raison. Lorsque plusieurs personnes sont chargées du même office, l'une s'en rapporte à l'autre, et aucune ne fait ce qu'elle devrait faire. Il n'y a qu'une exception qui confirme la règle : « Quand le mineur, domicilié en France, possède des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration spéciale de ces biens sera donnée à un protuteur. » Cela est établi dans l'intérêt des mineurs autant que dans celui du tuteur; comment un tuteur administrerait-il des biens situés dans les Indes? et s'il nommait des administrateurs, comment contrôlerait-il leur gestion? Le tuteur et le protuteur sont indépendants l'un de l'autre, chacun ne répond que de sa gestion. L'article 407 le dit, et vraiment cela allait sans dire (n° 409).

§ V. *De la tutelle des enfants naturels.*

Sommaire.

350. La loi ne parle pas de la tutelle des enfants naturels : on admet généralement qu'ils sont toujours en tutelle depuis leur naissance. A notre avis, ils ne sont jamais en tutelle, tant qu'ils ont leurs père et mère ou l'un d'eux. Dans le système du code, il n'y a lieu à la tutelle des enfants légitimes que lorsqu'ils ont perdu leurs père et mère ou l'un d'eux, c'est-à-dire quand il n'y a plus de puissance paternelle, ou que cette puissance est insuffisante pour protéger les mineurs. Or, quand les enfants ont leur père et mère, ils ont des protecteurs naturels; pour qu'à côté de la puissance paternelle, il y eût encore une tutelle, il faudrait un texte, et il n'y en a point. Après le décès de l'un des père

et mère légitimes, la tutelle s'ouvre, à raison du conflit d'intérêts qui existe entre l'enfant héritier des biens du défunt et le survivant qui a des droits sur le même patrimoine en vertu de ses conventions matrimoniales; ce conflit ne peut pas se présenter là où il n'y a point de mariage. La protection du père ou de la mère suffit donc à l'enfant; dès lors la tutelle serait un hors-d'œuvre (n° 413).

351. Nous supposons que les enfants naturels sont reconnus. Quand ils ne le sont pas, il n'y a aucun lien légal entre eux et leurs père et mère, donc pas de puissance paternelle. Si l'enfant est élevé par sa mère, comme cela arrive d'ordinaire, la mère n'aura aucun pouvoir sur lui, ni droit de garde, ni droit de correction, ni administration légale. Si l'enfant avait besoin d'être représenté dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire, il faudrait recourir au tribunal, pour qu'il nommât un tuteur *ad hoc*. Ici l'intervention du conseil de famille est de toute impossibilité, puisque l'enfant naturel n'a point de famille, il n'a pas même de père ni mère, tant qu'il n'est pas reconnu (n° 418). Cette absence de protection légale est un grand défaut. C'est au législateur de combler la lacune.

SECTION II. Du subrogé tuteur.

Sommaire.

352. « Dans toute tutelle il y aura un subrogé tuteur, nommé par le conseil de famille » (art. 420). Pourquoi la subrogée tutelle est-elle toujours dative? Les fonctions du subrogé tuteur impliquent la nécessité d'un choix. Il est appelé à surveiller la gestion du tuteur et à provoquer sa destitution, s'il y a lieu; il doit donc avoir la fermeté nécessaire pour remplir ces difficiles fonctions. Le subrogé tuteur intervient quand le tuteur et le mineur ont des intérêts opposés; il faut donc qu'il n'ait pas les mêmes intérêts que le tuteur. D'après cela, on concevrait difficilement que le subrogé tuteur fût nommé par la loi (n° 421).

353. La loi veut que le subrogé tuteur soit nommé aussitôt

qu'il y a un tuteur; dès qu'il y a un tuteur qui gère, il faut qu'il y ait un surveillant. Quand la tutelle est dative, la nomination du subrogé tuteur a lieu immédiatement après celle du tuteur (art. 422). Si la tutelle est légale ou testamentaire, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. Cette obligation est sanctionnée par une peine très-grave; si le tuteur s'est ingéré dans la gestion avant d'avoir fait nommer un subrogé tuteur, le conseil de famille peut lui retirer la tutelle, s'il y a eu dol de sa part; et quand même il n'y aurait pas lieu à destitution, le tuteur serait tenu, pour simple négligence, des dommages-intérêts envers le mineur (art. 421) (n° 422).

354. Qui peut être nommé subrogé tuteur? Le conseil peut nommer un parent, un allié ou un étranger, sauf l'application des règles concernant les excuses. Toutefois son choix, en ce qui concerne les parents, est restreint par une disposition spéciale : « Le subrogé tuteur doit être pris dans celle des deux lignes à laquelle le tuteur n'appartient pas » (art. 423). Le subrogé tuteur est appelé à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur; or, s'il appartenait à la même ligne que le tuteur, il aurait les mêmes intérêts que celui-ci, et par suite il serait lui-même en conflit avec le pupille. L'article 423 ajoute : « hors le cas de frères germains ». Les frères germains appartiennent aux deux lignes; quand donc un frère germain est tuteur, on ne pourrait, d'après la règle précitée, prendre le subrogé tuteur parmi les parents, puisqu'il appartiendrait nécessairement à la ligne du tuteur; la loi fait exception à cette règle, en ce sens que si le tuteur est un frère germain, le subrogé tuteur peut être pris indifféremment dans les deux lignes (n° 425).

355. Quelles sont les fonctions du subrogé tuteur? Sa fonction principale consiste à surveiller le tuteur; chose singulière, la loi ne le dit pas d'une manière expresse, mais elle le dit implicitement. C'est à la diligence du subrogé tuteur que le conseil de famille est convoqué, quand il y a lieu de destituer le tuteur (art. 446). Cela suppose le droit et le devoir de surveiller l'administration de la tutelle. La loi ne dit pas comment le subrogé tuteur exercera cette surveillance; elle n'indique qu'un moyen, c'est que le conseil de famille peut obliger le tuteur à remettre au

subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil juge à propos de fixer (art. 470). Cette obligation devrait exister de droit.

Le subrogé tuteur doit agir pour les intérêts du mineur lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur (art. 420). De là suit qu'en général le subrogé tuteur n'agit pas; il n'est pas tuteur, ni substitut du tuteur; si la tutelle est vacante ou abandonnée, il doit provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424). Il est impossible que le subrogé tuteur agisse, puisque la gestion tutélaire doit être surveillée, et qui exercerait ce contrôle si le subrogé tuteur agissait? Il y a exception quand les intérêts du tuteur sont en opposition avec ceux du mineur; dans ce cas, le subrogé tuteur agit, c'est-à-dire qu'il gère la tutelle pour un acte spécial. Qui exercera alors la surveillance sur le subrogé tuteur faisant fonction de tuteur? Il faudra que le conseil de famille ou le tribunal nomme un subrogé tuteur *ad hoc* (n° 427).

SECTION III. Du conseil de famille.

§ I. *Composition du conseil.*

Sommaire.

356. Le conseil de famille joue un grand rôle dans la tutelle. Il nomme le tuteur datif et il choisit toujours le subrogé tuteur; il contrôle la gestion du tuteur, et le destitue, s'il y a lieu; il intervient pour autoriser le tuteur à faire les actes les plus importants de la tutelle; il a encore d'autres attributions, et toutes exigent l'autorité, l'intelligence des affaires, le dévouement aux intérêts du mineur. Pour parvenir à une bonne organisation des conseils de famille, dit l'Exposé des motifs, il a paru nécessaire de les rendre peu nombreux; ils se composent régulièrement de six membres, l'expérience démontrant que les corps trop nombreux n'agissent point, l'un s'en rapportant à l'autre, et la responsabilité morale, trop divisée, est nulle. La loi n'admet au conseil que les

plus proches parents, c'est un gage d'affection, et c'est sur l'affection des parents comme sur celle du tuteur qu'il faut compter pour l'accomplissement de fonctions souvent difficiles et toujours désagréables. Les membres du conseil doivent être mâles et majeurs; les femmes n'ont pas, en général, l'expérience des affaires. La loi n'excepte que la mère et les ascendantes veuves; elles sont ou peuvent être tutrices (art. 390 et 442), dès lors il fallait aussi les admettre au conseil. Quant aux mineurs, ils sont incapables, et exclus de droit; sauf les père et mère, auxquels l'affection tient lieu de capacité. La loi veut que les parents des deux lignes soient appelés en nombre égal au conseil, afin d'éviter que l'une des deux familles auxquelles le mineur appartient ne fasse prévaloir ses intérêts, au préjudice du pupille. Enfin, le juge de paix est membre et président (art. 407,416). C'est à lui de diriger les délibérations pour le bien et l'utilité du mineur (n° 429).

357. Le conseil se compose régulièrement de six membres pris dans les deux lignes (art. 408). Cette règle souffre deux exceptions. La première concerne les frères germains et les maris des sœurs germaines. S'ils sont six ou au delà, ils seront tous membres du conseil de famille, qu'ils composeront seuls; aucun autre parent n'y sera appelé, sauf les ascendants qui sont compris dans la seconde exception; s'ils sont moins de six, les autres membres ne sont appelés que pour compléter ce nombre (art. 408). Dans le cas de cette première exception, le conseil de famille peut se composer de plus de six membres, tous frères germains, c'est-à-dire, appartenant aux deux lignes. La loi les appelle tous, à raison du proche lien de parenté qui les unit avec le pupille (n° 437).

Il y a une deuxième exception en faveur des ascendants; ils sont aussi membres de droit, quand même, en les appelant, le conseil se composerait de plus de six personnes; l'article 408 dit qu'ils sont appelés *avec* les frères germains; donc, sans limitation de nombre. Cela s'explique par la grande affection que les ascendants ont pour leurs descendants : c'est le sang de leur sang. La loi appelle au conseil les ascendants *valablement excusés*. Ces derniers mots sont de trop; il peut y avoir des ascendants qui n'ont pas été dans le cas de s'excuser, parce qu'il n'y avait pas lieu à la tutelle légale; ils feront néanmoins partie du conseil.

Les veuves d'ascendants sont également membres de droit, puisqu'elles sont ascendantes (n° 439).

358. Les six membres qui composent le conseil de famille sont choisis par le juge de paix parmi les parents et alliés qui habitent la commune où la tutelle s'est ouverte, ou dans la distance de deux myriamètres. L'article 407 dit qu'ils sont pris *dans la commune;* les articles 409 et 410 se servent de l'expression *sur les lieux;* le mot *domiciliés*, qui se trouve dans l'article 407, n'indique donc pas le *domicile de droit.* L'esprit de la loi ne laisse aucun doute, il importe que les parents appelés à siéger au conseil ne soient pas obligés de se déplacer; et étant sur les lieux, ils ont une connaissance plus certaine des faits qu'ils doivent savoir pour délibérer (n° 432).

Le code trace des règles au juge de paix pour le choix des membres qui sont sur les lieux (n° 433). Trois membres doivent être pris dans la ligne paternelle du mineur et trois dans la ligne maternelle (art. 407). Dans chaque ligne, le juge de paix doit choisir, en général, le plus proche en degré ; mais si le parent le plus proche ne convient pas, tandis qu'il y en a un plus éloigné en degré qui convient, le juge de paix devra prendre celui-ci. Il faut avant tout prendre en considération l'intérêt du mineur; c'est dans cet esprit que la loi doit être appliquée. S'il y a un parent ou un allié du même degré, le parent est préféré (art. 407), toujours sous la condition qu'il soit capable. S'il y a des parents du même degré, le plus âgé est préféré, sous la même condition.

Régulièrement les membres du conseil doivent être pris sur les lieux. Cette règle est aussi subordonnée à l'intérêt du mineur. Le juge de paix peut appeler au conseil, à quelque distance qu'ils soient domiciliés, des parents ou alliés plus proches en degré, ou de même degré, quoiqu'il y ait dans la commune un nombre suffisant de parents ou alliés pour former le conseil (art. 410) (n° 434).

Il se peut qu'il n'y ait pas sur les lieux des parents ou alliés en nombre suffisant pour composer le conseil de famille. Dans ce cas, le juge de paix appellera, soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit, dans la commune même, des citoyens connus pour avoir eu des relations habituelles d'amitié avec le père ou la mère du mineur (art. 409). Ainsi, le juge de

paix peut choisir des amis, alors même qu'il y a des parents hors de la distance légale (nos 435, 441, 442).

On suit les mêmes règles pour les alliés (art. 407, 409, 410) (n° 436).

359. Telles sont les règles tracées par la loi. Le juge de paix est-il obligé de les appliquer, ou jouit-il d'un pouvoir discrétionnaire? En principe, le juge de paix doit appliquer les règles que la loi établit, sinon ces règles seraient inutiles. Toutefois, ces règles ne peuvent pas toujours être suivies à la lettre; l'intérêt du mineur devant être pris en considération, le juge de paix doit avoir une certaine latitude dans l'application de la loi. Mais l'arbitraire était aussi à craindre; pour concilier tous les intérêts, le législateur lui-même a décidé dans quels cas le juge de paix aurait un pouvoir d'appréciation. Quand les parents ou alliés se trouvent en nombre insuffisant sur les lieux, le juge de paix peut appeler soit des parents ou alliés domiciliés à de plus grandes distances, soit des amis dans la commune même ; lui seul décide, dans ce cas, s'il y a lieu d'appeler des parents ou des amis. Le choix des amis dépend encore de son appréciation : c'est une mission très-délicate, et qui, par sa nature même, échappe à tout contrôle.

Dans le choix des parents et alliés, le juge de paix doit suivre les règles établies par l'article 407 : le parent, dit le texte, *sera* préféré à l'allié : le plus âgé des parents *sera* préféré au plus jeune. Il en est ainsi à titre égal, mais si le parent était incapable, si le plus âgé était incapable, le juge serait-il néanmoins forcé de les nommer? Les articles 409 et 410 prouvent que la loi entend donner au juge une certaine latitude; mais le législateur aurait bien fait de s'en expliquer. On admet que, dans l'intérêt du mineur, le juge peut préférer l'allié au parent, le parent le plus jeune à celui qui est plus âgé (nos 444 et 445).

360. Reste à savoir dans quelle commune la tutelle s'ouvre; c'est-à-dire quel est le *domicile de la tutelle*. C'est le juge de paix de cette commune qui forme le conseil de famille, et il le forme régulièrement de parents, d'alliés ou d'amis qui y habitent. La composition du conseil dépendant du domicile de la tutelle, il importe de déterminer quel est ce domicile. La question est très-controversée. A notre avis, ce domicile est toujours celui du mi-

neur. C'est l'application du droit commun. Tous les actes juridiques se font au domicile de la personne qui y est intéressée. Cela est admis par tout le monde pour le premier domicile de la tutelle, quand elle s'ouvre par le décès de l'un des père et mère. Mais on prétend que le domicile, une fois établi, est immuable. Cela est contraire à l'essence du domicile, lequel est variable de sa nature. Pour qu'il fût fixe, en matière de tutelle, il faudrait un texte qui dérogeât au droit commun. Or, de texte il n'y en a pas; le code ne parle pas même du domicile de la tutelle, et dans le silence de la loi, il faut s'en tenir au droit commun. Le domicile de la tutelle variera donc avec le domicile du mineur (n°s 447-451).

§ II. *Convocation du conseil et délibération.*

Sommaire.

361. Le conseil de famille est convoqué soit en vertu d'une ordonnance, soit en vertu d'une autorisation émanée du juge de paix. Ce magistrat peut ordonner ou autoriser la convocation, soit d'office, soit sur réquisition.

Le juge de paix convoque le conseil d'office quand il s'agit de nommer le tuteur, de le remplacer ou de le destituer (art. 406, 446 et 426). Ces dispositions ne sont pas limitatives. Président-né du conseil, appelé à veiller aux intérêts du mineur, il peut convoquer le conseil aussi souvent que les intérêts du mineur l'exigent.

Le code indique, dans les divers cas, les personnes qui ont le droit de requérir la convocation du conseil. S'agit-il de la nomination du tuteur, la loi donne ce droit aux parents et par suite aux alliés, aux créanciers du mineur, ainsi qu'à toutes parties intéressées (art. 406). Quand il s'agit de destituer le tuteur, la réquisition ne peut être formée que par les parents ou alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches (art. 446). Cette restriction s'explique par la gravité de la mesure sur laquelle le conseil doit délibérer. Toutefois quand on demande la

destitution du tuteur pour n'avoir point fait nommer de subrogé tuteur, la loi permet à tous parents et, par suite, aux alliés, de requérir la convocation du conseil (art. 421). Dans ces mêmes circonstances, les créanciers du mineur et autres parties intéressées peuvent également agir (art. 406 et 421).

Lorsque la tutelle devient vacante, le subrogé tuteur est ten de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (art. 424), et par conséquent, de requérir la convocation du conseil. C'est encore lui qui doit faire convoquer le conseil pour délibérer sur la destitution du tuteur (art. 446) (n° 452).

L'article 406 ajoute que toute personne pourra *dénoncer* au juge de paix le fait qui donne lieu à la nomination d'un tuteur. Le juge de paix n'est pas obligé, dans ce cas, de convoquer le conseil ; la dénonciation a seulement pour objet de porter les faits à sa connaissance, sauf à lui à agir comme il l'entend (n° 454).

362. La convocation se fait au moyen d'une citation ; le code fixe le délai dans lequel les parents doivent comparaître; nous renvoyons à l'article 411. Celui qui ne comparaît pas, sans excuse légitime, est condamné à une amende qui ne peut excéder 50 francs, et que le juge de paix prononce sans appel (art. 413).

Les membres du conseil peuvent se faire représenter par un mandataire spécial, mais le fondé de pouvoir ne peut représenter plus d'une personne (art. 412). Cette représentation, qui déroge au droit commun, se concilie difficilement avec la mission de confiance toute personnelle des parents appelés au conseil ; c'est une disposition d'indulgence (n° 457).

Si un membre du conseil ne comparaît pas et que son excuse soit admise, c'est au juge de paix de décider s'il convient d'attendre le membre absent ou de le remplacer. Il pourra en conséquence ajourner l'assemblée ou la proroger, c'est-à-dire renvoyer la délibération sans en fixer le jour ou à un jour fixé ; dans ce dernier cas, il ne faut pas de nouvelle convocation pour les membres présents (n° 458).

363. L'assemblée se tient chez le juge de paix, à moins qu'i ne désigne lui-même un autre local. Les trois quarts au moins des membres *convoqués* doivent être présents pour que le conseil puisse délibérer (art. 415). Comme le juge de paix n'est pas *con-*

voqué, il ne compte pas ; il faut donc les trois quarts des six parents, c'est-à-dire cinq membres (nos 459 et 460).

Le code ne dit pas quelle majorité est requise pour les décisions. On admet généralement qu'il faut la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié des voix plus une. C'est la règle pour toute assemblée délibérante, et elle résulte de la nature des choses. Quand le conseil se compose de six membres et que deux voix se prononcent pour un avis et les quatre autres pour des avis différents, il est d'évidence que les deux voix ne forment pas la majorité, car l'avis qui a pour lui deux voix, en a quatre contre lui; c'est ce qu'on appelle une majorité relative. Il faut un texte pour que cette majorité suffise, car ce n'est pas la vraie majorité (n° 461).

En cas de partage, la voix du juge de paix est prépondérante (art. 416). Cela suppose qu'il y a deux opinions qui obtiennent chacune le même nombre de voix; il peut, en ce cas, départager l'assemblée. C'est la voix du juge de paix qui videra le partage ; l'avis pour lequel il a voté l'emportera (n° 462).

Les délibérations ne doivent pas être motivées, sauf dans les cas où la loi l'exige (art. 447 et loi hyp., art. 50); ce sont des exceptions qui confirment la règle. Le code de procédure veut seulement que, dans les cas où les délibérations du conseil ne sont pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le compose soit mentionné dans le procès-verbal (art. 883); mais cet avis ne doit pas être motivé (n° 463).

Les décisions du conseil sont, en géneral, exécutoires par elles-mêmes. C'est le droit commun pour tout corps délibérant. Il y a exception dans les cas où la loi prescrit l'homologation, c'est-à-dire l'approbation du tribunal. L'homologation étant une exception, il faut une disposition formelle pour qu'on puisse l'exiger (art. 467, 458 et 448, et loi hyp., art. 60). Le code de procédure trace la voie qu'il faut suivre pour obtenir l'homologation; nous y renvoyons (art. 887 et 888) (n° 464).

§ III. *Du recours contre les délibérations.*

Sommaire.

364. Toute délibération peut être attaquée. Par qui? Pour quelle cause?
365. Application du principe au cas où la délibération est attaquée au fond.

364. Toute délibération du conseil de famille peut être attaquée devant les tribunaux, quand même elle aurait été homologuée (c. de pr., art. 883 et 885). C'est dans l'intérêt du mineur que la loi exige l'intervention du conseil de famille; mais elle a dû prévoir que des assemblées composées souvent d'hommes illettrés ou étrangers aux affaires négligeraient les formalités qu'elle prescrit dans l'intérêt du mineur ; elle a dû craindre que la rivalité des familles, le conflit d'intérêts et de passions qui agitent ces assemblées, ne tournent au préjudice du pupille. Elle devait donc ouvrir un recours contre leurs délibérations (n° 465).

Le code de procédure (art. 883) dit que le tuteur, le subrogé tuteur, même les membres de l'assemblée peuvent se pourvoir contre la délibération; ils ont ce droit, en quelque sens qu'ils aient voté; ce n'est pas dans leur intérêt qu'ils agissent, c'est dans l'intérêt du mineur (n° 466). Le recours peut être formé contre le fond de la décision, ou être basé sur un vice de forme; mais le recours est régi par des principes différents, selon qu'il s'agit du fond ou de la forme. Les formes ne sont pas toutes également importantes, il y a donc lieu de distinguer. Il n'en est pas de même s'il s'agit du fond : toute délibération peut être attaquée dès qu'elle lèse l'intérêt du mineur (n° 469).

365. Le principe que toute délibération peut être attaquée au fond reçoit-il des exceptions? A notre avis, non. La règle est conçue en termes généraux; pour admettre une exception, il faudrait un texte, et il n'y en a pas. Vainement invoque-t-on les meilleures raisons, pour justifier une dérogation, l'interprète n'en peut tenir aucun compte, car déroger à la loi, c'est faire la loi, et sa mission se borne à l'expliquer. Ainsi il y a lieu à recours quand le conseil accorde ou refuse au mineur l'autorisation de contracter mariage, quand il admet ou rejette l'émancipation, quand il nomme ou destitue un tuteur, même quand il statue sur des intérêts religieux, en décidant que l'enfant sera élevé dans telle religion (n° 470).

366. Quant aux formes, il faut distinguer. Il y a des formes

qui sont substantielles, en ce sens qu'elles sont requises pour qu'il y ait un conseil de famille et une délibération. Si elles n'ont pas été observées, il faut appliquer les principes qui régissent les actes inexistants ; la délibération ne produira aucun effet, et toute personne pourra toujours se prévaloir de l'inexistence de la décision.

Quelles sont les formes substantielles? On doit considérer comme telles : 1° la présence du juge de paix ; sans président, il n'y a pas d'assemblée. C'est le juge de paix qui est l'âme du conseil; sans lui il n'existe point; 2° six membres pris dans les deux familles; dès qu'il y a moins de six membres, les deux lignes sont inégalement représentées, or il faut les deux familles pour qu'il y ait un conseil de famille; 3° la présence des trois quarts des membres convoqués. Dans tout corps délibérant le nombre des membres requis par la loi pour qu'il puisse délibérer est essentiel, pour qu'il y ait une assemblée et une délibération; 4° la majorité absolue : une délibération qui n'est pas prise à la majorité n'est pas une décision (n°s 471-476).

Les autres formalités ne sont pas substantielles; on doit donc appliquer le principe des nullités virtuelles. Quand y a-t-il nullité virtuelle en matière de tutelle? Les formes sont introduites pour garantir les intérêts du mineur; il faut donc dire qu'il y a nullité, dans l'intention du législateur, quand les intérêts du mineur ont été lésés par suite de l'inobservation d'une forme; si l'intérêt du mineur n'a pas souffert de la violation de la loi, il n'y a pas lieu à nullité (n° 477).

367. Quel est l'effet des actes faits au nom du mineur quand la loi prescrit certaines formes pour la validité de ces actes? Si les formes ont été observées, l'acte est valable, le mineur n'en peut demander la rescision, quand même il aurait été lésé; nous établirons ce principe au titre des *Obligations*. Si les formes n'ont pas été observées, l'acte est nul en la forme, il n'est pas inexistant. Il en serait ainsi si le tuteur avait aliéné un immeuble de son pupille sans autorisation du conseil de famille, ou sans homologation du tribunal : le mineur a, dans ce cas, l'action en nullité. Nous reviendrons également sur ce principe au titre qui, dans la classification du code, est le siége de la matière. Il y a une dernière hypothèse dans laquelle il y a doute. Le conseil de

famille a autorisé le tuteur, mais la délibération est non existante, pour l'une des causes que nous venons de déterminer : faut-il appliquer, dans ce cas, les principes qui régissent les actes inexistants? Non ; dans ce que nous avons dit des délibérations irrégulières, nous avons supposé que c'est la délibération du conseil qui a été attaquée, ce n'est pas l'acte, parce qu'il n'y a pas eu d'acte : on peut dire alors que la délibération est inexistante, c'est le néant, et le néant ne peut produire aucun effet. Maintenant nous supposons que le tuteur a agi en vertu d'une délibération irrégulière ; il y a un acte, on demande si cet acte sera inexistant? Non, car ce n'est plus la délibération du conseil de famille qui est en cause, c'est l'acte du tuteur ; or l'acte du tuteur n'est pas inexistant pour inobservation des formes, quand même il n'en aurait observé aucune ; l'acte est seulement nul, c'est-à-dire annulable, et l'action en nullité n'appartient qu'au mineur. On applique les principes qui régissent les actes faits par le tuteur, on n'applique pas les principes que nous venons d'exposer concernant le recours contre les délibérations du conseil de famille (n[os] 490 et 491).

SECTION IV. — Des causes d'excuse, d'exclusion, d'incapacité et de destitution.

§ I. *Des excuses.*

Sommaire.

368. L'excuse est une faculté que la loi accorde au tuteur de se dispenser de la tutelle. Les causes d'excuse sont établies autant dans l'intérêt du mineur que dans celui du tuteur, car elles impliquent que le tuteur n'est pas en état de bien gérer la tutelle ; il importe alors au mineur qu'il ne la gère pas. Mais il dépend du tuteur de gérer quoiqu'il ait une cause d'excuse : cela prouve que le tuteur a une grande affection pour le pupille et un grand dévouement, ce qui le rend capable, malgré la situation qui lui permettrait de s'excuser. L'excuse n'est pas un refus ; la mère

survivante a seule le droit de refuser; le tuteur doit proposer ses excuses, et le conseil de famille en apprécie la validité, sauf le recours au tribunal. Tout tuteur peut faire valoir les causes d'excuse admises par la loi, même le père. La cause d'excuse peut constituer une impossibilité de bien gérer; il importe, dans ce cas, que le tuteur ait le droit de la proposer (nos 494 et 495).

369. Sont dispensés de la tutelle :

1° Certains hauts fonctionnaires désignés dans la constitution de l'an VIII; ces fonctions n'existent plus, sauf celle de membre du Corps législatif. L'article 427 ajoute les conseillers de la cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux en la même cour, et les membres de la cour des comptes. Cette première cause d'excuse n'a pas de fondement rationnel : c'est une marque d'honneur plutôt qu'une nécessité publique. Il n'en est pas de même des préfets (ou gouverneurs) et des citoyens qui exercent une fonction publique dans un département (ou province) autre que celui où la tutelle s'ouvre, ainsi que des militaires en activité, et des citoyens qui remplissent une mission hors du territoire de l'empire (art. 428) : ici il y a un service public lequel l'emporte sur les devoirs de la tutelle qui sont d'ordre privé. Si la mission n'est pas authentique, on applique l'article 429; nous y renvoyons, de même qu'aux articles 430 et 431, qui contiennent des dispositions générales applicables à tous ceux qui remplissent une fonction publique.

2° Les étrangers, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas parents ni alliés, peuvent s'excuser, s'il y a dans la distance de quatre myriamètres des parents ou alliés en état de gérer la tutelle (art. 432). La tutelle est avant tout une charge de famille; mais il faut pour cela qu'il y ait des membres de la famille sur les lieux. Cette excuse n'appartient qu'aux *étrangers*. Un parent ne pourrait pas s'excuser par la raison qu'il demeure hors de la distance de quatre myriamètres et qu'il y a dans cette distance des parents capables. Le code ne donne pas au tuteur, parent, le droit de s'excuser par la raison qu'il y aurait sur les lieux des parents plus proches, en état de gérer la tutelle. De même un allié ne serait pas dispensé parce qu'il y aurait un parent sur les lieux. La loi a dû laisser une certaine latitude au conseil de famille pour le choix du tuteur : c'est à lui de voir qui est le plus digne (nos 499-501).

3° « Tout individu âgé de soixante-cinq ans accomplis peut refuser d'être tuteur » (art. 433). La loi se sert ici du mot *refuser;* en effet, l'excuse n'est pas susceptible d'une appréciation, il n'y a qu'un fait matériel à constater. L'article 433 ajoute : « Celui qui aura été nommé avant cet âge pourra, à soixante et dix ans, se faire décharger de la tutelle. » Le code permet au tuteur de se décharger, c'est-à-dire de donner sa démission à soixante et dix ans, parce que peu de personnes ont, à un âge aussi avancé, les forces nécessaires pour supporter le fardeau de la tutelle. Si la loi n'autorise pas le tuteur nommé avant soixante-cinq ans de se démettre quand il a atteint l'âge où il pourrait s'excuser, c'est pour éviter les changements de tutelle, toujours préjudiciables au mineur ; il est d'ailleurs plus facile de continuer une gestion après soixante-cinq ans, que de la commencer à cet âge (n° 502).

4° Une infirmité grave est une cause d'excuse (art. 434). Le mot *infirmité* implique une maladie permanente ; il faut de plus qu'elle soit *grave,* c'est-à-dire que l'intérêt même du mineur exige que le tuteur soit dispensé; c'est une question de fait. Si l'infirmité survient dans le cours de la tutelle, le tuteur peut se faire décharger (n° 506).

5° « Deux tutelles sont pour toutes personnes une juste dispense d'en accepter une troisième » (art. 435). On entend par *tutelles,* non le nombre des enfants, mais celui des patrimoines à gérer ; on ne nomme pas un tuteur pour chaque enfant, mais pour tous les enfants qui ont besoin d'un tuteur. Le nombre des enfants augmente sans doute la difficulté de la tutelle, mais la loi ne tient pas compte de cette considération (n° 505).

L'article 435 ajoute : « Celui qui, époux ou père, est déjà chargé d'une tutelle, ne peut être tenu d'en accepter une seconde, excepté celle de ses enfants. » La loi assimile à une tutelle la qualité de père ou d'époux ; en effet, le père doit diriger l'éducation de ses enfants et administrer leurs biens, et le mari est régulièrement chargé de l'administration des biens de sa femme (n° 506).

6° « Ceux qui ont cinq enfants légitimes sont dispensés de toute tutelle autre que celle desdits enfants » (art. 436). La survenance d'enfants pendant la tutelle n'autorise pas à l'abdiquer (art. 437). Les enfants morts ne comptent que s'ils ont laissé eux-mêmes des enfants actuellement existants. Il y a exception quand

les enfants meurent en activité de service dans les armées de l'empereur (n° 507).

370. Le tuteur propose ses excuses au conseil de famille. Lorsque le tuteur est présent à la délibération qui lui défère la tutelle, il doit les proposer sur-le-champ; s'il ne le fait pas, il y renonce tacitement, et par suite, il est non recevable dans toute réclamation ultérieure. Si le tuteur n'a pas assisté à la délibération, il est tenu de faire convoquer le conseil dans les trois jours de la notification qui lui est faite de sa nomination; le délai est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu de son domicile à celui de l'ouverture de la tutelle; passé ce délai, il est non recevable (art. 439). Il y a lieu à recours au tribunal contre la décision du conseil, d'après le droit commun; pendant le litige, le tuteur est obligé d'administrer provisoirement (art. 440). Si le tuteur succombe, il sera condamné aux frais; lorsque les membres du conseil succombent, la loi s'en rapporte à l'appréciation du tribunal (art. 441) (n° 512).

§ II. *Des incapacités.*

Sommaire.

371. Qu'entend-on par incapacité? En quoi diffère-t-elle de l'excuse?
372. Quelles sont les causes d'incapacité?
373. Qui est juge de l'incapacité?

371. La loi déclare certaines personnes incapables d'être tuteurs. Il y a une grande différence entre les causes d'incapacité et les causes d'excuse. Celui qui a une excuse peut y renoncer, la dispense étant surtout établie en sa faveur. Les incapacités, au contraire, sont établies uniquement dans l'intérêt du pupille; partant, l'incapable n'y peut pas renoncer. Celui qui a une excuse peut être tuteur, s'il le veut. L'incapable voudrait être tuteur, et le conseil de famille y consentirait, qu'il ne pourrait l'être, parce qu'il n'a pas les qualités requises pour l'administration de la tutelle.

Les incapacités sont de stricte interprétation; elles sont établies par la loi; l'interprète ne peut les étendre en se fondant sur l'intention tacite du législateur; ce serait faire la loi (n° 513).

372. Ne peuvent être tuteurs (art. 442) : 1° les mineurs, ex-

cepté le père ou la mère. L'incapacité des mineurs est la conséquence de l'incapacité générale dont ils sont frappés. Si le code fait exception pour les père et mère, c'est qu'ils ont la puissance paternelle ; la loi les reconnaît donc capables de diriger la personne et les biens de leurs enfants. Mais le survivant des père et mère, étant mineur, a besoin de l'assistance d'un curateur pour les actes déterminés par la loi ; cette assistance sera aussi requise pour les actes qu'il fait comme tuteur, si ces actes dépassent sa capacité légale (n° 375).

2° Les interdits. Ils sont frappés d'incapacité par le jugement qui prononce l'interdiction. Les aliénés non interdits et les personnes placées sous conseil sont légalement capables de gérer la tutelle (n°s 514 et 515).

3° Les femmes, autres que la mère et les ascendantes. Il est vrai que les femmes non mariées ont la même capacité que les hommes, mais c'est pour gérer leurs intérêts ; elles n'ont guère l'expérience des affaires qui est requise pour gérer la tutelle. La loi fait exception pour la mère et les ascendantes, elles ont l'affection, et c'est là la qualité essentielle du tuteur (n° 516).

4° « Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès, dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis. » La loi craint que le tuteur, placé entre son devoir et son intérêt, ne sacrifie son devoir. Cette cause d'incapacité doit être interprétée restrictivement aussi bien que les autres ; dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle, et la règle est la capacité (n° 517).

373. La loi ne dit pas qui est juge de l'incapacité. C'est elle qui la prononce ; et il ne peut guère y avoir lieu à contestation, sauf dans le cas d'un procès. Le débat sera porté devant le conseil de famille ; la loi lui donne le droit de statuer sur les excuses et de prononcer l'exclusion ou la destitution ; c'est donc le conseil qui, en principe, est compétent pour tout ce qui concerne l'organisation de la tutelle. Ce principe doit recevoir son application aux causes d'incapacité (n° 518).

§ III. *Des causes d'exclusion et de destitution.*

Sommaire.

374. Qu'entend-on par causes d'exclusion et de destitution?
375. Quelles sont ces causes?
376. Procédure.

374. « La condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte de plein droit l'*exclusion* de la tutelle. Elle emporte de même la *destitution*, dans le cas où il s'agirait d'une tutelle antérieurement déférée » (art. 443). « Sont aussi *exclus* de la tutelle et même *destituables*, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité » (art. 444). Par *exclusion*, la loi entend que le tuteur est écarté de la tutelle, et empêché de la gérer; la *destitution* suppose que le tuteur est en exercice. L'*incapable* est aussi exclu de la tutelle; mais l'incapacité n'a rien de déshonorant, elle n'affecte ni l'honneur, ni les mœurs, ni l'intelligence du tuteur; tandis que les causes d'exclusion sont plus ou moins déshonorantes. C'est une raison de plus pour s'en tenir strictement à la loi (n° 320).

375. Pour ce qui regarde les condamnations pénales, nous renvoyons au code pénal belge, articles 31 à 34 (1). L'inconduite

(1) Art. 31. Tous arrêts de condamnation à la peine de mort ou aux travaux forcés prononceront, contre les condamnés, l'interdiction à perpétuité du droit :

1° De remplir des fonctions, emplois ou offices publics;

2° De vote, d'élection, d'éligibilité;

3° De porter aucune décoration, aucun titre de noblesse;

4° D'être juré, expert, témoin instrumentaire ou certificateur dans les actes; de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements;

5° De faire partie d'aucun conseil de famille, d'être appelé aux fonctions de tuteur, subrogé tuteur ou curateur, si ce n'est de leurs enfants et sur l'avis conforme du conseil de famille; comme aussi de remplir les fonctions de conseil judiciaire ou d'administrateur provisoire;

6° De port d'armes, de faire partie de la garde civique ou de servir dans l'armée.

Art. 32. Les cours d'assises pourront interdire, en tout ou en partie, à perpétuité ou pour dix ans à vingt ans, l'exercice des droits énumérés en l'article précédent, aux condamnés à la reclusion ou à la détention.

Art. 33. Les cours et tribunaux pourront, dans les cas prévus par la loi, interdire,

s'entend du dérèglement de mœurs; on ne peut pas l'étendre au défaut d'ordre dans les affaires. Il ne suffit même pas qu'il y ait inconduite, il faut qu'elle soit notoire; il y a, chez celui qui cache ses mauvaises passions, un reste de pudeur dont le législateur doit tenir compte (n° 523). La gestion infidèle, qui est une cause d'exclusion, implique la gestion d'une tutelle antérieure; il faut donc que le tuteur ait été destitué ou au moins condamné pour gestion infidèle, pour qu'il encoure de ce chef l'exclusion, s'il était appelé à une nouvelle tutelle. On doit en dire autant de l'incapacité, elle doit avoir été constatée dans la gestion d'une tutelle, puisqu'il s'agit d'une exclusion de la tutelle pour incapacité (nos 524 et 525).

376. C'est le conseil de famille qui prononce l'exclusion et la destitution (art. 446 et 447). Le subrogé tuteur est spécialement chargé de provoquer la destitution du tuteur. Le juge de paix a le même pouvoir; comme ce magistrat peut ignorer les faits qui donnent lieu à la destitution, la loi charge les plus proches parents de requérir la convocation du conseil pour délibérer sur la destitution du tuteur (art. 446) (n° 527).

Si le tuteur adhère à la délibération, la destitution est définitive, et le nouveau tuteur entrera immédiatement en fonctions. En cas de réclamation, le subrogé tuteur poursuivra l'homologation de la délibération (art. 448); le code de procédure (art. 887) donne le même droit à tout membre du conseil (n° 530). Les parents ou alliés qui ont requis la convocation peuvent intervenir dans la cause (art. 449).

La délibération qui prononce la destitution peut être attaquée au fond (art. 448). C'est le droit commun (*supra*, n° 365). Elle peut aussi être attaquée pour vice de forme. Ici il y a quelque chose de spécial : le tuteur doit être entendu, et la délibération doit être motivée. Si ces formes n'ont pas été observées, le tuteur peut demander la nullité de la délibération (n° 533).

en tout ou en partie, aux condamnés correctionnels, l'exercice des droits énumérés en l'article 31, pour un terme de cinq ans à dix ans.

Art. 34. La durée de l'interdiction, fixée par le jugement ou l'arrêt de condamnation, courra du jour où le condamné aura subi ou prescrit sa peine.

L'interdiction produira, en outre, ses effets, à compter du jour où la condamnation contradictoire ou par défaut sera devenue irrévocable.

§ IV. *Des causes d'excuse, d'incapacité, d'exclusion et de destitution quant au conseil de famille et au subrogé tuteur.*

Sommaire.

377. Le subrogé tuteur peut invoquer les causes d'excuse que la loi accorde au tuteur (art. 426). Les causes d'incapacité sont communes à la tutelle, à la subrogée tutelle, et au conseil de famille (art. 442 et 426). Il ne faut pas confondre les causes d'incapacité avec la récusation. L'incapable ne peut faire partie d'aucun conseil tant que l'incapacité subsiste, tandis que la récusation n'a lieu que si un membre du conseil est intéressé dans la délibération. Les membres des corps délibérants ne peuvent prendre part aux délibérations où ils ont un intérêt personnel. Le code applique ce principe à quelques cas; le tuteur ne peut voter pour la nomination du subrogé tuteur (art. 423; comparez art. 495). Il faut généraliser ces dispositions et poser comme règle que les membres intéressés doivent s'abstenir (n° 539).

378. Ceux qui ont été exclus d'une tutelle ne peuvent être membres d'un conseil de famille (art. 445). L'article 444 exclut de la tutelle les gens d'une inconduite notoire, et ne les exclut pas des conseils de famille. Il en est de même de ceux dont la gestion atteste l'incapacité ou l'infidélité. Pour que l'inconduite, l'incapacité ou l'infidélité excluent une personne du conseil de famille, il faut qu'elle ait été exclue ou destituée de la tutelle pour l'une de ces causes (n° 541).

CHAPITRE II.

ADMINISTRATION DE LA TUTELLE.

(*Principes de droit civil*, t. V.)

---

§ I. *De l'administration de la personne.*

Sommaire.

381. A qui appartient le pouvoir d'éducation, quand le survivant des père et mère refuse la tutelle ou s'excuse?

379. L'article 450 porte que le tuteur prend soin de la personne du mineur; c'est donc lui qui dirige son éducation. Il remplace le père; or, le premier devoir du père est d'élever ses enfants. Toutefois le pouvoir du tuteur n'est pas aussi étendu que celui du père. Le conseil de famille intervient pour régler la dépense annuelle du mineur (art. 454), ce qui comprend son entretien et son éducation; or, les dépenses d'éducation diffèrent grandement d'après la carrière à laquelle le mineur se prépare. Qui décidera si le mineur sera destiné au commerce, à l'industrie, ou à une profession savante? A notre avis, c'est le tuteur, sous le contrôle du conseil. La loi charge le tuteur d'administrer la personne, elle n'en charge pas le conseil. Seulement le droit de voter la dépense donne au conseil un contrôle sur les actes du tuteur; il peut refuser d'allouer la somme que le tuteur demande pour l'éducation du pupille, ce qui mettra le tuteur dans l'impossibilité de donner au mineur l'éducation qu'il avait en vue. Le tuteur pourra former recours devant le tribunal, et le juge décidera (n° 1).

Ce principe reçoit une restriction quand le survivant des père et mère est tuteur. Il conserve la puissance paternelle, donc le pouvoir d'éducation, sans être soumis au contrôle du conseil de famille : l'article 454, qui donne au conseil le droit de régler la dépense du mineur, fait exception pour la tutelle des père et mère. Toutefois le pouvoir du père n'est plus aussi illimité qu'il l'est pendant le mariage. Le père est usufruitier des biens du mineur, à ce titre il a une obligation, celle d'élever l'enfant suivant sa fortune (art. 385, 2° (n° 3).

380. Le tuteur a-t-il le pouvoir de correction? Oui, mais sous le contrôle du conseil; l'article 468 porte : « Le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur pourra porter ses plaintes au conseil de famille, et, s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la reclusion du mineur. » Ainsi le tuteur ne peut pas ordonner la reclusion du pupille, il a seulement le droit de réquisition, et ce droit même, il ne peut l'exercer qu'avec l'autorisation du conseil. Le père tuteur n'est pas soumis à ces restrictions, car il conserve la puissance paternelle; il agit donc comme père et non comme tuteur (n° 5).

381. Le survivant des père et mère peut refuser la tutelle, ou s'excuser. Il conserve néanmoins la puissance paternelle. Dans ce cas, le pouvoir du tuteur se réduira à l'administration des biens. Cela est très-logique. C'est précisément à raison de la gestion des biens que la mère refuse la tutelle, mais elle n'entend certes pas abdiquer le droit et le devoir qu'elle a d'élever ses enfants. Les excuses aussi ont rapport aux biens plutôt qu'à la personne; le meilleur guide de l'enfant sera toujours le père. Cela est de tradition (t. IV, n° 263).

§ II. *De l'administration des biens.*

N° 1. DES OBLIGATIONS DU TUTEUR QUAND IL ENTRE EN FONCTIONS.

Sommaire.

382. Quand le tuteur entre-t-il en fonctions?
383. Le tuteur doit, avant de gérer, faire spécialiser l'hypothèque légale du mineur et faire nommer un subrogé tuteur.
384. Il doit faire procéder à l'inventaire dans les dix jours. Obligation qui lui est imposée s'il est créancier du mineur.
385. Le tuteur doit faire vendre les meubles, sauf ceux que le conseil de famille l'autorise à conserver en nature. Exception pour les père et mère usufruitiers.
386. Règlement de la dépense du mineur et des frais de gestion.
387. Placement de l'excédant des revenus sur les dépenses.
388. Des comptes que le tuteur peut être contraint à rendre pendant le cours de la tutelle.

382. L'article 418 porte : « Le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence; sinon, du jour où elle lui aura été notifiée » (voy. C. de pr., art. 882). Cela suppose une tutelle dative; si elle est légale ou testamentaire, le tuteur entre en fonctions du jour où il aura appris l'ouverture de la tutelle et où il sera dans la possibilité de gérer (n° 6).

383. Le tuteur doit, avant de gérer la tutelle, convoquer le conseil de famille pour faire spécialiser l'hypothèque légale que le mineur a sur ses biens. Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*. Il doit aussi, avant d'entrer en fonctions, faire nommer un subrogé tuteur (art. 421 et *supra*, n° 353).

384. Dans les dix jours qui suivront son entrée en fonctions, le tuteur doit faire procéder à l'inventaire des biens du mineur, en présence du subrogé tuteur (art. 451). L'inventaire est un

acte notarié qui contient l'énumération, la description et l'évaluation des biens mobiliers du mineur ; les dettes y sont également relatées. Quant aux immeubles, il est d'usage de les mentionner, sans les décrire ni les estimer. L'inventaire est surtout nécessaire pour les meubles, notamment pour les titres ; il en prévient le détournement. L'inventaire est aussi la base des comptes que le tuteur doit rendre à la fin de sa gestion. Enfin dès le début de la tutelle, le conseil doit connaître la fortune du mineur pour fixer le chiffre de sa dépense annuelle. Si le tuteur ne fait pas inventaire, le mineur sera admis à prouver par témoins et par présomptions la consistance et la valeur du mobilier non inventorié. C'est l'application du droit commun (art. 1348) que nous exposerons au titre des *Obligations* (n°s 9-11).

« S'il est dû quelque chose au tuteur par le mineur, il devra le déclarer dans l'inventaire, à peine de déchéance, et ce, sur la réquisition que l'officier public sera tenu de lui en faire, et dont mention sera faite au procès-verbal » (art. 451). C'est une mesure de défiance contre les tuteurs de mauvaise foi. On suppose que la créance est éteinte, et que la quittance se trouve dans les papiers du mineur ; si la quittance n'était pas inventoriée, le tuteur pourrait la supprimer et réclamer de nouveau le payement qu'il a déjà reçu. La déclaration exigée par la loi prévient cette fraude ; le tuteur n'osera pas se dire créancier, alors que la quittance peut exister dans les papiers dont on a à faire l'inventaire. Cette disposition dirigée contre la mauvaise foi pourrait porter préjudice aux tuteurs honnêtes qui ignorent l'obligation que le code leur impose. Voilà pourquoi l'article 451 veut que le notaire fasse une interpellation ; si l'interpellation n'est point faite, la déchéance n'est pas encourue ; mais si, interpellé, le tuteur déclare qu'il ne lui est rien dû, son aveu témoignera contre lui (n° 12).

385. « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, le tuteur fera vendre tous les meubles autres que ceux que le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature » (art. 452). La loi ordonne la vente des meubles appartenant au mineur ; ce n'est pas un droit qu'elle confère au tuteur, c'est une obligation qu'elle lui impose. Elle veut que les meubles soient vendus, d'abord parce qu'ils sont inutiles au mineur pendant tout le temps de sa minorité ; il importe donc d'en réaliser la valeur, car si on

les gardait, ils se déprécieraient par le seul laps de temps. Le code autorise cependant le conseil de famille à conserver certains meubles en nature : tels seraient les meubles nécessaires au pupille, ou qui pourront lui devenir nécessaires, une bibliothèque, par exemple : telles seraient encore des collections d'art qui régulièrement augmentent de valeur. La loi exige l'intervention du conseil de famille, parce que le tuteur pourrait être assez indélicat pour garder des objets mobiliers, afin de s'en servir (n° 15).

L'article 452 ne s'applique qu'aux meubles corporels ; les créances, actions, obligations ne doivent pas être vendues, parce que le motif pour lequel la loi exige la vente ne reçoit pas d'application à des valeurs qui ne se déprécient pas par l'effet du temps ; il serait absurde, d'ailleurs, de vendre des capitaux placés, pour les replacer de nouveau (n° 16).

La loi prescrit les formes dans lesquelles la vente doit se faire pour garantir les intérêts du mineur. Elle a lieu en présence du subrogé tuteur, aux enchères, et après des affiches ou des publications dont le procès-verbal fera mention (art. 452).

Les père et mère qui ont l'usufruit légal sont dispensés de l'obligation de vendre les meubles dont ils ont la jouissance (art. 453). C'est l'application du droit commun ; l'usufruitier qui a le droit de jouir ne peut pas être forcé de vendre. L'usufruitier restitue les meubles à la fin de l'usufruit, et s'il ne les rend pas en nature, il en paye l'estimation. A cet effet, la loi veut que l'on fasse une estimation des meubles à leur *juste valeur ;* si elle se ne contente pas de l'estimation portée à l'inventaire, c'est qu'elle est rarement exacte ; les meubles devant être vendus aux enchères, il importe assez peu à quelle valeur ils ont été estimés ; tandis que le nu propriétaire est intéressé à ce que l'estimation soit exacte, puisque c'est l'estimation qui lui est payée si les meubles ne sont pas restitués en nature (n° 22).

386. « Lors de l'entrée en gestion de toute tutelle, le conseil de famille réglera par aperçu, et selon l'importance des biens régis, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur » (art. 454). La dépense doit être proportionnée aux revenus ; régulièrement elle doit être moindre que la recette. Toutefois, dans l'intérêt de l'éducation du mineur, le conseil peut autoriser le tuteur à entamer le capital : l'instruction est le plus

solide et le plus productif des capitaux. Le règlement de la dépense n'empêche pas que le tuteur soit tenu de rendre compte de ce qu'il a dépensé (art. 471). Si le tuteur est dans la nécessité de dépasser le budget des recettes, il agira prudemment en s'adressant au conseil; cela prévient toute difficulté (n° 24).

« Le conseil règle aussi, au commencement de la tutelle, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense pour l'administration des biens du mineur » (art. 454). Il ne peut pas allouer des honoraires au tuteur; le conseil peut seulement l'autoriser à s'aider d'un ou plusieurs administrateurs salariés (art. 454). La tutelle est une charge essentiellement gratuite. C'est une règle traditionnelle dont il est difficile de donner une bonne raison : l'administration gratuite est rarement une bonne administration (n° 25). L'article 454 ajoute que le survivant des père et mère n'est pas soumis aux obligations qu'il impose au tuteur. Cette exception se justifie par la confiance que la loi doit avoir dans l'affection des père et mère pour leurs enfants (n° 37).

387. Le tuteur doit gérer de manière qu'il y ait un excédant des revenus sur les dépenses, et il doit placer cet excédant. Lorsque le code civil fut discuté et voté, les caisses d'épargne n'existaient pas encore; le placement des économies faites par le tuteur était donc chose plus ou moins difficile; notamment on ne trouvait pas à placer des sommes minimes. Voilà pourquoi l'article 455 dit que le conseil de famille déterminera la somme à laquelle commence, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur les dépenses. Depuis que les caisses d'épargne sont instituées, rien n'empêche que le tuteur mette à la caisse des sommes minimes, sauf au conseil à décider si les fonds y resteront déposés, ou si les économies, quand elles auront atteint un certain chiffre, seront placées à un intérêt plus élevé. Le tuteur devra-t-il faire l'emploi du moment où ce chiffre est atteint? L'article 455 décide que l'emploi se fera dans les six mois. Quand le tuteur n'a pas fait l'emploi dans ce délai, il doit l'intérêt légal de 5 p. c. de plein droit, à partir de l'expiration du délai (n° 28). Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil la somme à laquelle doit commencer l'emploi, il devra, après le délai de six mois, les intérêts de toute somme non employée, quelque modique qu'elle soit (art. 456).

388. « Tout tuteur, autre que le père et la mère, peut être tenu, même durant la tutelle, de remettre au subrogé tuteur des états de situation de sa gestion, aux époques que le conseil de famille aurait jugé à propos de fixer, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un par année » (art. 470). La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 (art. 11), a complété cette disposition : « Le conseil de famille pourra exiger que le même compte lui soit rendu aux époques qu'il fixera lors de l'ouverture de la tutelle. » Ces deux obligations tendent à un même but. Le subrogé tuteur et le conseil de famille doivent surveiller la gestion du tuteur; et ce n'est que par des comptes réguliers qu'ils peuvent connaître comment le tuteur administre. D'après le code Napoléon, le tuteur ne pouvait pas être astreint à fournir des comptes au conseil, dès lors le contrôle de celui-ci était à peu près nominal; l'innovation consacrée par la loi hypothécaire est une nouvelle garantie pour le mineur (n° 36).

N° 2. DU POUVOIR D'ADMINISTRATION DU TUTEUR.

Sommaire.

389. Le tuteur est un simple administrateur, et il ne peut faire que des actes d'administration.
390. Le tuteur peut et doit faire les actes conservatoires.
391. Le tuteur peut-il donner à bail les biens du mineur?
392. Il peut toucher les capitaux du mineur avec la restriction qu'y apporte la loi hypothécaire.
393. Le tuteur peut placer, en général, les capitaux du mineur comme il l'entend.
394. Peut-il aliéner les droits mobiliers du mineur?
395. Quelles actions peut-il former, et à quelles actions peut-il répondre?

389. L'article 450 dit que « le tuteur administre les biens du mineur en bon père de famille ». De là suit que le tuteur n'a qu'un pouvoir d'administration; il ne peut faire que les actes qui dérivent de ce pouvoir et que le code permet d'ordinaire à ceux qui gèrent les biens d'autrui. Ce principe est en harmonie avec la situation du tuteur. Le tuteur administre les biens de son pupille, c'est-à-dire des biens qui ne lui appartiennent pas; il est donc administrateur du patrimoine d'autrui, et il ne peut avoir, comme tel, que les droits que la loi accorde à tout administrateur. Pour que le tuteur ait des droits plus étendus, il faut un

texte; car c'est dépasser le principe tel qu'il est établi par l'article 450; c'est donc faire une exception à une règle, et les exceptions n'existent qu'en vertu de la loi (n° 40).

390. Le tuteur peut et doit faire les actes conservatoires; les incapables mêmes ont le droit de les faire, parce que ces actes leur sont nécessairement avantageux; à plus forte raison le tuteur doit-il l'avoir, puisqu'il a mission de représenter et de protéger des incapables. Il doit faire les actes de conservation, parce qu'il est tenu d'administrer en bon père de famille; or, le premier devoir du père de famille est de conserver ses biens. Si le tuteur ne le fait point, il est responsable; la loi le dit du mari administrateur (art. 1428); il en est de même du tuteur (n° 43).

Interrompre la prescription est un acte de conservation, ainsi qu'intenter les actions possessoires. Le tuteur peut aussi faire les réparations, sans distinguer entre les grosses réparations et les réparations ordinaires; en effet, réparer c'est conserver. Il est vrai que les réparations seront un acte de mauvaise gestion si elles ne sont pas en rapport avec la valeur de l'immeuble. Dans ce cas, le tuteur sera responsable; mais cela n'empêche pas qu'il ait eu le droit de faire les réparations. Il en est ainsi de tous les actes d'administration : le tuteur a le droit d'administrer, mais il répond des dommages-intérêts qui résultent d'une mauvaise gestion (art. 450) (n° 44).

391. Le bail est, en principe, un acte d'administration, puisque le non-propriétaire peut le faire; le preneur lui-même peut sous-louer. Toutefois, dans la théorie du code, les administrateurs ne peuvent faire que des baux de neuf ans, ce qui est la durée ordinaire des baux à loyer et à ferme; dans l'intérêt de ceux dont ils administrent les biens, la loi leur défend de faire des baux qui dépassent cette durée (art. 1429); l'article 1718 applique cette restriction au tuteur. La loi ne prononce pas la nullité des longs baux, elle permet seulement au mineur de les faire réduire à la période de neuf ans dans laquelle le preneur se trouve engagé; cela suffit pour garantir ses intérêts. On applique aussi au tuteur les dispositions de l'article 1430 concernant l'époque à laquelle le mari administrateur peut renouveler les baux de neuf ans. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage* (n°s 46-48).

392. Le tuteur peut et doit acquitter les dettes du mineur; c'est un acte de bonne gestion, car qui paye ses dettes s'enrichit (n° 50). Il a aussi le droit de toucher les créances du mineur, capitaux et rentes. Le code le dit implicitement en donnant au tuteur le droit d'intenter seul des actions mobilières (art. 464). Ce pouvoir peut être dangereux pour le mineur si le tuteur est insolvable; la loi hypothécaire (art. 55) l'a restreint, dans le cas où le tuteur ne possède pas d'immeubles, et où, par conséquent, l'hypothèque légale du mineur est inefficace. Le conseil de famille peut, en attendant qu'il soit fait emploi de l'excédant des revenus sur les dépenses, ordonner que le tuteur versera les capitaux du mineur à la caisse des dépôts et consignations. Si le tuteur possède des immeubles, mais qu'ils soient insuffisants pour répondre de sa gestion, le conseil peut déterminer la somme au delà de laquelle le versement doit être fait à la caisse des dépôts (loi hyp., art. 56).

393. Le tuteur doit placer les revenus et les capitaux disponibles. On demande s'il est libre d'en faire tel emploi qu'il juge convenable? Le silence du code décide la question. Placer les deniers pupillaires est un acte d'administration, et comme la loi ne limite pas le pouvoir du tuteur en ce point, il faut décider qu'il peut faire le placement comme il l'entend, sans autorisation du conseil de famille (n° 59). Cela n'est pas sans danger. Notre loi hypothécaire y a remédié, mais seulement dans l'hypothèse où le conseil de famille ordonne le dépôt des deniers pupillaires à la caisse des dépôts et consignations. Dans ce cas, c'est le conseil qui détermine l'emploi; mais le législateur ajoute que les deniers serviront à acquitter les dettes du mineur, à acheter des immeubles ou des rentes sur l'Etat, ou à faire des prêts sur priviléges immobiliers ou sur première hypothèque (loi hyp., art. 57).

394. Le tuteur peut-il aliéner les droits mobiliers du mineur? Il n'y a pas de disposition sur ce point. De là, doute et controverse. A notre avis, le tuteur ne peut pas aliéner les créances, obligations ou droits quelconques du pupille. C'est une conséquence du principe qui ne permet au tuteur que de faire des actes d'administration; or, aliéner n'est pas administrer, le propriétaire seul a le droit de disposer de ce qui lui appartient. S'il était nécessaire ou utile d'aliéner un droit mobilier, il faudrait

appliquer par analogie ce que la loi dit de la vente des immeubles, c'est-à-dire que le tuteur devrait obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (n° 63).

395. Le tuteur peut intenter les actions mobilières appartenant au mineur. On l'induit, par argument *a contrario*, de l'article 464, aux termes duquel le tuteur ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille. Il est vrai que les arguments tirés du silence de la loi n'ont pas grande valeur, mais, dans l'espèce, l'argumentation est en harmonie avec le système général du code civil. Il donne aux administrateurs le droit d'intenter les actions mobilières; c'est donc un acte d'administration, et à ce titre, il est de la compétence du tuteur (n° 66).

Le tuteur peut aussi répondre à une demande en partage dirigée contre le mineur (art. 465). La raison en est que personne n'est tenu de rester dans l'indivision; dès que le partage est demandé, il doit avoir lieu; dès lors il était inutile d'exiger une autorisation.

La loi ne prescrit pas non plus une autorisation pour défendre à une action immobilière (art. 464). A notre avis, il y a même motif d'exiger l'autorisation pour la défense que pour l'attaque; car il se peut que le mineur ait intérêt à ne pas se défendre pour éviter des frais inutiles (n° 66).

N° 3. DES ACTES POUR LESQUELS LE TUTEUR A BESOIN DE L'AUTORISATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

Sommaire.

396. Le tuteur a besoin de cette autorisation pour prendre les biens du mineur à bail.
397. Il ne peut accepter ni répudier une succession qu'avec l'autorisation du conseil.
398. Il doit être autorisé pour provoquer un partage;
399. Pour accepter une donation,
400. Et pour intenter une action immobilière.

396. Le tuteur ne peut prendre les biens du mineur à bail, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à le consentir (art. 450). Quoique le louage ne soit qu'un acte d'administration, la loi ne pouvait permettre au tuteur de louer les biens de son pupille, puisque son intérêt eût été en collision avec son devoir. Le conseil de famille peut néanmoins l'autoriser

si le tuteur est honnête et bon père de famille : le mineur ne peut avoir un meilleur locataire ni un meilleur fermier (n° 69).

397. « Le tuteur ne peut accepter ni répudier une succession échue au mineur sans une autorisation préalable du conseil de famille. L'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire » (art. 461). Quoique faite sous bénéfice d'inventaire, l'acceptation peut être préjudiciable au mineur, s'il est donataire; en acceptant, il devra rapporter la libéralité, tandis qu'en renonçant il la conserve; or, il a intérêt à renoncer quand la donation est supérieure à la part qu'il prend dans l'hérédité. Alors même que le mineur ne serait pas donataire, le tuteur peut avoir intérêt à renoncer si la succession est évidemment mauvaise. A quoi bon alors accepter? Ce serait engager le tuteur dans les embarras d'une liquidation qui ne peut profiter au pupille (n° 70).

On demande pourquoi le tuteur peut renoncer avec l'autorisation du conseil de famille, tandis que pour aliéner des droits immobiliers, il lui faut en outre l'homologation du tribunal. La raison en est que, dans la théorie du code, la renonciation à la succession n'est pas considérée comme une aliénation. Nous reviendrons sur ce point.

398. L'autorisation du conseil est nécessaire au tuteur pour provoquer un partage (art. 465). La raison en est que des motifs de convenance ou d'intérêt exigent parfois que l'indivision soit maintenue, malgré les inconvénients qu'elle entraîne; mais l'intérêt du mineur peut aussi demander que l'on procède au partage; le législateur n'a pas voulu laisser le tuteur seul maître d'apprécier ces intérêts divers (n° 74). Sur les formes du partage, nous renvoyons au titre des *Successions* (n° 77).

399. Le tuteur doit être autorisé pour accepter une donation faite au mineur (art. 463). La loi prescrit l'autorisation dans un intérêt moral : le conseil doit examiner les motifs pour lesquels une libéralité est faite au pupille. C'est pour cette raison que l'article 935 permet aux père et autres ascendants d'accepter les donations, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs (n°s 79 et 80).

400. Le tuteur ne peut intenter une action immobilière qu'avec l'autorisation du conseil, tandis qu'il ne doit pas être autorisé pour former une action mobilière (art. 464). Il n'y a pas de raison juridique de cette différence : c'est une disposition tradi-

tionnelle, comme nous l'avons dit ailleurs (n° 81, et *supra* n° 116). La loi met sur la même ligne l'acquiescement à une action immobilière. A vrai dire, l'acquiescement est un acte plus dangereux pour le mineur. Quand le tuteur acquiesce, il renonce à soutenir les prétentions que le mineur peut avoir; tandis que, s'il agit en justice, le mineur a pour lui la garantie de l'instance judiciaire et de l'intervention du ministère public (n° 67).

N° 4. DES ACTES POUR LESQUELS LE TUTEUR A BESOIN D'UNE HOMOLOGATION DU TRIBUNAL.

Sommaire.

401. Des conditions requises pour que le tuteur puisse aliéner les immeubles du mineur.
402. L'hypothèque et l'emprunt sont mis sur la même ligne que l'aliénation.
403. Pour la transaction, la loi exige de plus un avis de trois jurisconsultes.

401. Le tuteur ne peut aliéner les immeubles du mineur que sous les conditions suivantes :

1° Il doit être autorisé du conseil de famille. La loi limite les cas dans lesquels le conseil peut permettre l'aliénation : il faut qu'il y ait nécessité absolue ou avantage évident (art. 457). Le projet de code énumérait quelques cas de nécessité absolue : le payement d'une dette exigible, des réparations d'une nécessité urgente, l'occasion de procurer au mineur une profession ou un établissement avantageux. C'est une question de fait, ainsi que le point de savoir s'il y a avantage évident. Il y aurait avantage évident, par exemple, si le mineur avait une dette pour laquelle il doit payer un intérêt de 6 p. c., tandis que ses immeubles ne rapportent que 2 p. c. (n° 87);

2° La délibération du conseil doit être homologuée par le tribunal, en chambre du conseil, et après avoir entendu le procureur impérial (art. 458). On évite la publicité, parce qu'elle pourrait être préjudiciable au mineur en faisant connaître le mauvais état de ses affaires, qui rend l'aliénation nécessaire, ou en divulguant les motifs pour lesquels le tuteur veut aliéner l'immeuble (n° 88).

D'après le code civil, la vente devait se faire en justice, ce qui entraînait des frais considérables, au grand préjudice des mineurs. La loi du 12 juin 1816 a dérogé à l'article 459 et au code de procédure; la vente se fait par le ministère d'un notaire, aux

enchères, par-devant le juge de paix, et en présence du tuteur ou du subrogé tuteur (nº 89). Cette loi a aussi dérogé à l'article 460 relatif à la licitation, c'est-à-dire à la vente d'une chose qui appartient par indivis à plusieurs copropriétaires; elle porte que les copropriétaires majeurs qui désirent procéder à la vente pourront, sans intervention du conseil de famille, s'adresser au tribunal afin d'être autorisés à procéder à la vente; le tribunal désigne un notaire par le ministère duquel la vente aura lieu; elle se fait par-devant le juge de paix, en présence du tuteur (nº 91).

402. La loi applique les mêmes principes à l'hypothèque et à l'emprunt. L'hypothèque est, en réalité, une aliénation, parce que c'est un démembrement de la propriété; elle peut d'ailleurs conduire à l'aliénation complète de l'immeuble, si la dette pour la garantie de laquelle l'hypothèque est consentie n'est pas payée. L'hypothèque est même plus dangereuse que l'aliénation, puisqu'elle facilite les emprunts, qui trop souvent deviennent ruineux pour le débiteur. Aussi la loi exige-t-elle pour l'emprunt les mêmes conditions que pour l'aliénation (art. 457) (nºs 93 et 94).

403. Pour la transaction, la loi exige, outre l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, un avis de trois jurisconsultes, désignés par le procureur impérial (art. 467). La transaction n'est permise qu'à celui qui a la capacité de disposer des objets qui y sont compris (art. 2045); la raison en est que celui qui transige abandonne une partie de ses prétentions, parfois des droits certains, afin d'acheter sa tranquillité ou de prévenir les frais énormes des procès. Cela explique la nécessité de l'intervention du conseil de famille et du tribunal. La loi veut de plus l'avis de trois jurisconsultes. Les transactions soulèvent des questions de droit; or, il est rare que dans le conseil de famille il se trouve des légistes; il fallait donc éclairer le conseil : c'est plus qu'un avis, le conseil est obligé de le suivre (nº 96).

Nº 3. DES ACTES INTERDITS AU TUTEUR.

Sommaire.

404. Quels actes sont interdits au tuteur?

404. Les tuteurs ne peuvent se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle; et ils ne peuvent se porter ces-

sionnaires d'aucune créance contre leur pupille (art. 1596 et 450). Nous reviendrons sur cette matière au titre de la *Vente*.

Le tuteur ne peut disposer des biens de son pupille à titre gratuit. C'est une conséquence du principe qui régit les pouvoirs du tuteur. Il n'est qu'administrateur, et comme tel il ne peut aliéner. Le code lui permet de vendre les biens du mineur quand l'aliénation est nécessaire ou avantageuse, sous les conditions qu'elle détermine; il ne lui permet pas d'en faire donation; la défense d'aliéner subsiste donc pour les donations (n° 98); il n'est jamais nécessaire ou avantageux de donner.

Le tuteur ne peut compromettre, c'est-à-dire soumettre à des arbitres les contestations du mineur. Cela résulte du principe posé par l'article 1004 du code de procédure : on ne peut compromettre sur des contestations sujettes à communication au ministère public, et telles sont toutes contestations où des mineurs sont intéressés. Bien que l'arbitrage soit favorable, la loi ne pouvait l'admettre pour les mineurs, parce qu'ils n'auraient pas, devant les arbitres, l'une des garanties que la loi établit en leur faveur; le ministère public est leur défenseur-né; or, s'il importe au mineur d'épargner les frais, il lui importe encore plus d'être défendu (cod. de proc., art. 83, 6°) (n° 100).

CHAPITRE III.

FIN DE LA TUTELLE.

---

§ I. *Quand finit la tutelle et la subrogée tutelle.*

Sommaire.

405. Quelles sont les causes qui font cesser la tutelle ou qui la rendent vacante? *Quid* de la subrogée tutelle?

405. La tutelle finit définitivement par la majorité du mineur, son émancipation ou sa mort. Elle devient vacante plutôt qu'elle ne cesse 1° lorsque le tuteur meurt; la tutelle est une charge personnelle qui ne passe pas aux héritiers (art. 419); 2° lorsqu'il

est excusé ou destitué, et lorsque le conseil de famille agrée sa démission. La tutelle peut encore être abandonnée par absence (art. 424); le tuteur est absent, dans le sens légal du mot, quand il y a incertitude sur sa vie ou sur sa mort; il peut aussi abandonner la tutelle en s'éloignant du lieu où elle doit être gérée. Lorsque la tutelle est vacante ou qu'elle est abandonnée, le subrogé tuteur doit, sous peine de dommages-intérêts, provoquer la nomination d'un nouveau tuteur (n° 113).

« Les fonctions du subrogé tuteur cessent à la même époque que la tutelle » (art. 425). Cela est d'évidence quand la tutelle cesse : il ne peut plus y avoir de surveillant quand il n'y a plus de gestion à surveiller. Quand la tutelle est seulement vacante ou abandonnée, le subrogé tuteur reste en fonctions; il doit provoquer, dans ce cas, la nomination d'un nouveau tuteur (n° 115).

§ II. *Des comptes de la tutelle.*

Sommaire.

406. Des comptes provisoires que le tuteur peut être tenu de fournir pendant la durée de sa gestion.
407. Tout tuteur doit rendre compte à la fin de sa gestion.
408. A qui le compte est-il rendu ?
409. Dans quelles formes ?
410. Des recettes et des dépenses.
411. Des frais du compte de tutelle.
412. Des intérêts du reliquat.
413. De la disposition de l'article 474. Qu'entend-on par *traité?* Sous quelles conditions le mineur peut-il *traiter* avec son tuteur sur la gestion de celui-ci?

406. Dans l'ancien droit, le tuteur devait rendre un compte annuel, appelé provisoire, pendant la durée de la gestion. Les comptes obligatoires ont été remplacés par des états facultatifs; la loi s'en rapporte à la prudence du conseil de famille (art. 470). Ces états de situation doivent être remis au subrogé tuteur, qui a pour mission spéciale de surveiller la gestion du tuteur. La loi fait exception pour le survivant des père et mère, tuteur légal : son affection est la plus forte des garanties (n°s 121 et 122).

D'après la loi hypothécaire belge, le conseil de famille peut aussi astreindre le tuteur à lui rendre des comptes provisoires aux époques qu'il fixera lors de l'ouverture de la tutelle. La loi belge

ne dit pas, comme le fait le code civil, que le tuteur ne peut être tenu de fournir plus d'un compte par an; mais cette restriction est dans l'esprit de la loi. La tutelle est une charge gratuite, il ne faut pas qu'elle devienne vexatoire à force de multiplier les garanties du pupille.

407. « Tout tuteur est comptable de sa gestion lorsqu'elle finit » (art. 469). La loi dit *tout* tuteur, pour marquer que le survivant des père et mère n'est pas exempté de cette obligation. Il n'y avait pas de raison de faire une exception, puisque le père administrateur est obligé de rendre compte (art. 389) : c'est une charge qui incombe à tous ceux qui administrent. Lors même que la tutelle est gérée par des personnes qui n'ont pas la qualité de tuteur, elles sont néanmoins comptables, en vertu du principe général dont l'article 469 n'est qu'une application (art. 394, 395 et 440) (n° 123).

408. A qui le compte doit-il être rendu? A celui à qui l'administration des biens passe lorsqu'elle finit. Si la tutelle cesse par la majorité du pupille, le compte doit être rendu au mineur devenu majeur; si c'est par son émancipation, le compte est rendu au mineur assisté d'un curateur (art. 480); si c'est par sa mort, le compte est rendu à ses héritiers. Quand la tutelle est simplement vacante, l'ancien tuteur rend compte de sa gestion au nouveau tuteur. Celui-ci doit l'exiger. Lorsque le compte est rendu, l'ancien tuteur est déchargé; c'est au dernier tuteur en exercice de rendre un compte général (n°s 127 et 128).

409. Quand les parties s'entendent, il n'y a aucune forme à suivre. Si le compte donne lieu à des contestations, dit l'article 473, elles seront poursuivies et jugées comme les autres contestations en matière civile. Le code de procédure (art. 527-542) a établi des règles spéciales sur la reddition de compte lorsque le compte se rend en justice. L'article 473 doit donc être restreint au cas où le compte a été rendu à l'amiable et que des difficultés s'élèvent sur ce compte (n° 129).

410. Tout compte doit contenir les recettes et les dépenses (cod. de proc., art. 533). Quant aux recettes, le compte repose sur l'inventaire qui a dû être dressé à l'ouverture de la tutelle. Outre l'actif porté à l'inventaire, le chapitre des recettes comprend les capitaux remboursés, les fruits et revenus des biens,

les intérêts des sommes placées, les intérêts qui ont couru contre le tuteur à défaut d'emploi, et les dommages-intérêts dus par le tuteur (n° 132).

L'article 471 dit que l'on allouera au tuteur toutes dépenses suffisamment justifiées et dont l'objet sera utile. Pour juger si une dépense est utile, il faut considérer le moment où elle a été faite; si alors elle était utile, elle sera allouée au tuteur, quoique par l'événement cette utilité n'ait pas duré; car, dit Pothier, personne ne peut répondre des événements (n° 133).

Les dépenses doivent être *suffisamment* justifiées : la question est donc abandonnée à l'appréciation du juge. Il n'est pas nécessaire que le tuteur fasse la preuve d'après les règles établies au titre des *Obligations;* il y a de petites dépenses pour lesquelles on ne reçoit pas de quittance, et pour lesquelles on doit, par conséquent, s'en rapporter à la déclaration du tuteur. C'est pour cette raison que le code de procédure (art. 534) exige l'affirmation du comptable (n° 135).

411. L'article 471 porte : « Le compte définitif de tutelle sera rendu aux dépens du mineur. Le tuteur en avancera les frais. » C'est une conséquence du principe que les frais doivent être supportés par celui dans l'intérêt duquel le compte se fait. D'ailleurs la tutelle étant une charge gratuite, le tuteur doit être indemne. Quand le compte se rend en justice, il faut combiner l'article 471 avec l'article 130 du code de procédure aux termes duquel toute partie qui succombe est condamnée aux dépens; si le tuteur succombe, il supportera les frais, sauf ceux qui auraient dû être faits pour un compte rendu à l'amiable (n° 136).

412. « La somme à laquelle s'élève le reliquat dû par le tuteur porte intérêt, sans demande, à compter de la clôture du compte » (art. 474). C'est une dérogation au droit commun. D'après l'article 1996, le mandataire ne doit l'intérêt des sommes dont il est reliquataire qu'à compter du jour où il est mis en demeure, tandis que le tuteur est en demeure de plein droit. L'exception est fondée sur les rapports que la tutelle établit entre le tuteur et le mineur; le mineur ne peut guère agir contre celui qui a été son tuteur, et qu'il doit respecter et aimer comme son père, car son action impliquerait un reproche de négligence, peut-être d'infidélité (n° 143).

« Les intérêts de ce qui est dû au tuteur par le mineur ne courront que du jour de la sommation de payer qui aura suivi la clôture des comptes » (art. 474). Cette disposition est à la fois une application du droit commun et une dérogation; elle applique au tuteur la règle d'après laquelle le débiteur ne doit les dommages-intérêts que lorsqu'il est en demeure; et elle déroge à l'article 1153 qui exige une demande en justice pour faire courir les intérêts contre le débiteur d'une somme d'argent; l'article 474 se contente d'une sommation. Nous dirons, au titre des *Obligations,* que le système du code civil, en cette matière, est très-incohérent; l'article 474 revient au droit commun, et l'article 1153 y déroge, sans qu'il y ait une bonne raison de ces anomalies (n° 149).

413. L'article 472 contient une disposition qui tend à assurer la reddition du compte de tutelle; il déclare nul tout *traité* qui pourra intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives. La loi entend par *traité* la convention qui a pour objet de régler les difficultés auxquelles le compte de tutelle pourrait donner lieu; elle défend au mineur de faire un traité pareil, sauf sous les conditions qu'elle détermine. La raison en est que le mineur, quoique devenu majeur, est dans une ignorance complète des faits sur lesquels il traite, tant que le compte n'a pas été rendu; tandis que le tuteur sait tout ce que le mineur ignore. Quelle peut être l'intention du tuteur qui traite avec le mineur devenu majeur, sinon d'abuser de l'ignorance où se trouve son ancien pupille pour lui faire souscrire des conventions qui lui seraient désavantageuses, en mettant le comptable à l'abri de toute action? Ajoutez-y l'empire que le tuteur continue à exercer sur son pupille, la confiance naturelle du mineur, enfin la passion de la jeunesse qui a hâte de jouir de la vie et des dons de la fortune (n° 150).

Cependant la loi ne défend pas d'une manière absolue au pupille de traiter avec son tuteur sur la gestion de celui-ci; seulement elle veille à ce que le traité soit fait en connaissance de cause. Voilà pourquoi elle exige qu'un compte détaillé, appuyé sur des pièces justificatives, ait été remis au mineur devenu majeur; le compte et les pièces éclaireront le mineur sur sa situa-

tion, sur les faits qui peuvent donner lieu à difficulté ; et dès qu'il agit en connaissance de cause, il n'y a plus de raison pour l'empêcher de traiter et de transiger s'il y a lieu, puisqu'il est majeur et capable, comme tel, de tous les actes de la vie civile; son incapacité n'était due qu'à son ignorance des faits, et le compte l'éclaire sur ses droits et ses intérêts. L'article 474 ajoute : « Le tout constaté par un récépissé de l'oyant compte, dix jours au moins avant le traité. » C'est la preuve de l'accomplissement des formalités exigées par la loi. Elle est prescrite sous peine de nullité aussi bien que les conditions elles-mêmes; la raison en est que, dans l'espèce, la preuve est une garantie contre la fraude, et c'est la fraude que le législateur veut empêcher (n°s 151 et 152).

Il suit de là que la loi ne frappe pas de nullité toute convention intervenue entre le tuteur et son ancien pupille; il faut que la convention ait pour objet direct ou indirect de dispenser le tuteur de la reddition du compte. Toutefois, le *traité* ne doit pas être une *transaction*. Le cas d'une transaction est prévu par l'article 2045 ; l'article 474 se sert d'une expression plus générale et assez vague, qui embrasse toute espèce de conventions par lesquelles le tuteur serait déchargé en tout ou en partie de l'obligation de rendre compte. Mais le mot *traité* marque aussi qu'il ne s'agit pas d'une convention ordinaire, étrangère à la tutelle; la loi ne se sert pas du mot *traité* pour désigner une *convention*, c'est un terme spécial qui implique une convention particulière, celle qui porte sur la gestion du tuteur. Telle est aussi la tradition (n° 155).

§ III. *De la responsabilité du tuteur.*

Sommaire.

414. De quelle faute le tuteur est-il tenu?
415. Le subrogé tuteur est-il responsable? Quand l'est-il et de quelle faute est-il tenu?
416. De la garantie de la responsabilité du tuteur.
417. Quelle est la durée des actions que le mineur a contre son tuteur?

414. L'article 450 établit le principe de la responsabilité du tuteur en ces termes : « Le tuteur administrera les biens du mineur *en bon père de famille*, et répondra des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion ». Il est donc

responsable quand il ne gère pas en bon père de famille. Ce sont les termes de l'article 1137, lequel établit la règle générale sur la faute dont est tenu le débiteur qui ne remplit pas ses obligations; il faut donc dire que le tuteur répond de la faute dont est tenu tout débiteur : on l'appelle, dans le langage traditionnel, *la faute légère in abstracto;* nous reviendrons sur le principe au titre des *Obligations*.

Il suit de là que la responsabilité du tuteur est plus rigoureuse que celle qui pèse sur le mandataire. En effet, l'article 1992, après avoir dit que le mandataire répond de la faute, d'après le droit commun de l'article 1137, ajoute que cette responsabilité est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire; tandis que l'article 450 maintient la responsabilité plus rigoureuse à l'égard du tuteur, quoique la tutelle soit une charge gratuite. La raison de cette différence est que le mandant choisit son mandataire, et il peut toujours le révoquer; il doit, par conséquent, s'imputer son imprévoyance s'il choisit un mandataire négligent, et s'il ne le révoque point. Tandis que le tuteur est un mandataire légal, le mineur ne le choisit pas, et ne le révoque pas; c'est donc au législateur de veiller à ce que les intérêts des incapables soient confiés à des hommes qui mettent tous leurs soins à l'accomplissement de leurs devoirs. Cela est juridique, mais d'une rigueur extrême; mieux eût valu accorder au tuteur des honoraires (n° 166).

415. Le subrogé tuteur est un mandataire légal, comme le tuteur; on doit donc lui appliquer par analogie la responsabilité établie par l'article 450, en ce qui concerne le degré de faute; mais l'objet de la responsabilité diffère. En principe, le subrogé tuteur n'administre pas, et il n'intervient pas dans la gestion tutélaire; il ne peut donc pas être responsable pour avoir mal géré, et il ne répond pas non plus des actes de mauvaise gestion du tuteur. La loi le charge de surveiller la gestion tutélaire, il est par conséquent responsable quand il ne l'a pas surveillée avec les soins d'un bon père de famille. Tel serait le cas où le tuteur négligerait notoirement l'éducation des mineurs; c'est la faute la plus grave qu'il puisse commettre; le subrogé tuteur a le devoir d'intervenir dans ce cas, et de provoquer, au besoin, la destitution du tuteur; s'il ne le fait point, il sera responsable. La loi

applique le principe de la responsabilité dans les cas prévus par les articles 424, 1442 et 2137 (loi hyp., art. 52). On ne doit pas induire de là que le subrogé tuteur n'est pas responsable hors des cas que la loi prévoit : la responsabilité est de droit commun, il faudrait une disposition formelle pour en exempter le subrogé tuteur (nos 176-179).

Le subrogé tuteur a encore pour mission d'agir lorsque les intérêts du mineur sont en opposition avec ceux du tuteur : dès qu'il doit agir, il est responsable s'il n'agit pas comme bon père de famille : c'est le droit commun. L'article 450 en donne un exemple. Si le conseil de famille autorise le tuteur à prendre à bail les biens du mineur, c'est le subrogé tuteur qui fera la convention ; c'est donc lui qui, dans ce cas, gère la tutelle, partant il est responsable comme tuteur (n° 179).

416. Le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur pour les droits qu'il a contre lui du chef de la tutelle. Nous y reviendrons au titre des *Hypothèques*. Cette garantie est nulle ou inefficace quand le tuteur n'a pas d'immeubles, ou qu'il n'a pas des biens suffisants pour répondre des suites de sa mauvaise gestion. Nous avons dit, plus haut, que le législateur belge a cherché, dans ce cas, à garantir d'une autre manière les intérêts du mineur (n° 392). Il n'a pas d'hypothèque sur les biens du subrogé tuteur, sans doute parce qu'il ne convient pas de multiplier les hypothèques légales, et qu'il est rare que le subrogé tuteur encoure une responsabilité.

417. Quelle est la durée des actions du mineur contre son tuteur ? L'article 475 porte : « Toute action du mineur contre son tuteur, relativement aux faits de la tutelle, se prescrit par dix ans, à compter de la majorité. » C'est une dérogation au droit commun, d'après lequel la durée de la prescription est de trente ans (art. 2262). La raison en est que la charge de la tutelle est gratuite et très-onéreuse ; il ne serait pas juste qu'il restât pendant trente ans sous le coup d'une action en responsabilité. D'un autre côté, la défense du tuteur repose, non sur des écrits, mais sur des souvenirs que le temps efface, et les pièces justificatives, souvent très-nombreuses, consistent en simples notes qui s'égarent, ou se perdent facilement.

Les dix ans commencent à courir à partir de la majorité du

pupille. Si donc la tutelle finit par une cause quelconque venant du tuteur, le pupille étant mineur, la prescription ne courra pas contre lui. C'est l'application du principe qui suspend la prescription pendant la minorité (n° 183).

La prescription de dix ans s'applique à toute action du mineur contre le tuteur, dit l'article 473, mais il ajoute une condition : il faut que l'action concerne les faits de la tutelle. Le motif de l'exception ne s'applique qu'aux faits multiples et passagers qui constituent la gestion tutélaire. Si donc le tuteur est débiteur du pupille par suite d'un fait étranger à la tutelle, on ne se trouve pas dans le cas de l'exception, donc on rentre dans la règle générale de la prescription trentenaire (n° 186).

TITRE XI.

DE L'ÉMANCIPATION.

Sommaire.

418. Le code traite de l'émancipation dans le titre consacré à la tutelle. Cela suppose que le but de l'émancipation est uniquement d'affranchir les mineurs de la puissance tutélaire, tandis que l'émancipation a aussi pour objet d'affranchir le mineur de la puissance paternelle, dont il est traité dans le titre IX. La classification logique demande que l'on fasse de l'émancipation un titre à part.

L'émancipation a pour but et pour effet de donner une capacité limitée au mineur ; il administre ses biens et dispose de ses revenus. En général, les hommes ne sont capables de gérer leurs affaires qu'à un certain âge, que le code Napoléon fixe à vingt et un ans : c'est l'époque de la capacité complète. Mais le développement des facultés intellectuelles et morales peut être plus précoce chez quelques-uns, dès lors ils ont droit à une capacité

exceptionnelle. La puissance paternelle et la tutelle sont une protection que la loi accorde à celui qui ne peut pas se gouverner lui-même. Cette protection doit cesser quand le mineur n'en a plus besoin. Il peut être utile, nécessaire même au mineur d'être affranchi d'une protection qui devient une entrave quand elle n'est pas nécessaire. Celui qui exerce une profession, une industrie, un commerce, doit jouir d'une certaine capacité juridique, sinon le droit serait à chaque instant en conflit avec le fait : obligé de contracter, il serait néanmoins incapable de contracter. L'émancipation lui donne la capacité civile dont il a besoin. Ce n'est pas une capacité entière; le mineur émancipé reste incapable; il est mis sous curatelle, et pour les actes les plus importants, il est assimilé au mineur non émancipé (n° 192).

CHAPITRE Ier.

COMMENT SE FAIT L'ÉMANCIPATION.

§ I. *De l'émancipation tacite.*

419. Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage.

419. « Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage » (art. 476). Cela est fondé sur la nature du mariage. Le mari a la puissance maritale et la puissance paternelle. Dans nos mœurs, nous ne comprenons pas que celui qui a puissance sur d'autres personnes soit lui-même sous puissance. Quant à la femme, elle est appelée à diriger son ménage, par suite à administrer et à élever ses enfants; cette mission, comme celle du mari, implique une indépendance et une liberté d'action qui ne se concilient pas avec la situation dépendante où se trouve le mineur non émancipé.

La loi n'exige aucun âge ni aucune condition pour l'émancipation tacite; c'est le mariage qui émancipe de plein droit. Le mineur peut se marier avant quinze ou dix-huit ans, avec dispense; par cela seul qu'il se marie, il est émancipé. Il en résulte une

assez singulière conséquence, c'est que les ascendants et le conseil de famille, en consentant au mariage d'un mineur, l'émancipent indirectement de la puissance tutélaire, bien que l'ascendant ne soit pas tuteur, et que le conseil de famille n'exerce pas la tutelle : c'est le mariage, ou, si l'on veut, la loi qui émancipe, plutôt que le conseil de famille ou l'ascendant (n° 195).

§ II. *De l'émancipation expresse.*

Sommaire.

420. Le mineur âgé de quinze ans révolus peut être émancipé par son père ou par sa mère (art. 477). C'est un âge peu avancé dans nos climats; la loi s'en rapporte à l'intelligence du père. D'ailleurs, l'enfant conserve un guide et un conseiller dans celui que la nature lui a donné comme protecteur.

L'article 477 dit que le mineur peut être émancipé par la mère, à défaut du père. Cela veut-il dire que la mère ne peut émanciper qu'après la mort du père? ou le peut-elle aussi quand le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté pour cause d'absence ou d'interdiction? Le principe est que le droit d'émancipation appartient à celui qui exerce la puissance paternelle. Régulièrement, c'est le père seul qui exerce cette autorité pendant le mariage (art. 373); lui seul a donc le droit d'émanciper. Tel est le sens de la règle établie par l'article 477. Mais la règle reçoit des exceptions. En cas d'absence du père, l'exercice de la puissance paternelle appartient à la mère (art. 141); elle a donc le droit d'émanciper. On admet une seconde exception, quand le mari est interdit. Nous y reviendrons au titre de l'*Interdiction* (n° 201).

« Cette émancipation s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix, assisté de son greffier » (art. 477). L'émancipation est donc un acte solennel, c'est-à-dire que la forme est de l'essence de l'acte. Si elle était faite devant un autre officier public, ou par un acte sous seing privé, l'émancipation n'existerait pas. De plus, l'émancipation doit être expresse ; la loi exige une déclaration, ce qui résulte de la nature des choses, puisque l'émancipation se fait par la volonté du père (n° 197).

421. Lorsque le mineur reste sans père ni mère, il peut être émancipé si le conseil de famille l'en juge capable (art. 478). Il faut qu'il n'y ait ni père ni mère; tant que le mineur a encore un de ses père et mère, il est sous puissance paternelle; or, celui qui a la puissance paternelle peut seul en affranchir le mineur. Si le mineur n'a plus ni père ni mère, il est sous tutelle. En principe, le tuteur devrait avoir le droit d'émanciper le mineur de l'autorité tutélaire, de même que le père a le pouvoir d'affranchir l'enfant de la puissance paternelle. Pourquoi la loi n'applique-t-elle pas ce principe au tuteur? La raison en est que la tutelle est une charge difficile, dont on ne demande pas mieux que de se débarrasser; si le tuteur avait le même pouvoir que le père, il serait à craindre qu'il n'en abusât pour se décharger de la tutelle, au préjudice de son pupille; voilà pourquoi la loi fait intervenir le conseil de famille; le tuteur peut seulement faire des diligences pour provoquer l'émancipation, s'il la juge nécessaire ou utile. Le tuteur pourrait aussi avoir un intérêt contraire; si, administrateur infidèle, il retire un profit illicite de sa gestion, il ne provoquera pas l'émancipation du pupille. Dans cette prévision, la loi donne aux parents et alliés du mineur, au degré de cousin germain ou à des degrés plus proches, le droit de requérir la convocation du conseil de famille, à l'effet de délibérer sur l'émancipation du mineur (n° 206).

Le conseil de famille ne peut émanciper le mineur que lorsqu'il a atteint l'âge de dix-huit accomplis, tandis que l'enfant peut être émancipé par son père quand il a quinze ans révolus. D'une part, la loi n'a pas pu accorder au conseil de famille, généralement assez indifférent, la même confiance qu'au père. Puis, l'enfant émancipé par son père est toujours sous sa direction morale, tandis que le mineur, resté sans père ni mère, n'aura plus aucun guide, aucun conseil du jour où il sera sans tuteur; la loi a donc dû veiller à ce que le mineur émancipé fût en état de se guider lui-même (n° 207).

L'émancipation conférée par le conseil de famille résulte de la délibération qui l'a autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil, aura faite dans le même acte, que le mineur est émancipé (art. 478).

CHAPITRE II.

DES EFFETS DE L'ÉMANCIPATION.

§ I. *De la curatelle.*

Sommaire.

422. La curatelle est toujours dative. Il n'y a point de curatelle légale.
423. Différence qui existe entre la curatelle, la tutelle et la puissance paternelle

422. Le mineur émancipé est placé sous curatelle. Aux termes de l'article 480, le curateur est nommé par le conseil de famille. Il n'y a donc pas de curatelle légale; il ne saurait y avoir de curatelle *légale* sans *loi*. On admet cependant que le mari est de droit le curateur de sa femme. A notre avis, il n'y a pas lieu à curatelle dans ce cas, Si l'on donne un curateur au mineur émancipé, c'est qu'il lui faut un guide à cause de l'inexpérience de son âge; la femme mariée n'a pas besoin d'un curateur pour la guider et la surveiller, puisque le mari doit l'autoriser pour tous les actes juridiques. L'autorisation maritale donne à la femme une protection plus efficace que la curatelle. Le curateur n'intervient que dans quelques actes, tandis que le mari doit autoriser la femme pour chaque acte qu'elle veut faire; il est vrai que le mari n'assiste pas la femme dans l'acte, mais l'autorisation vaut l'assistance, puisqu'elle est spéciale, et donnée en grande connaissance de cause soit par le mari, soit par la justice (n° 209).

423. Il y a une grande différence entre la curatelle, la tutelle et la puissance paternelle. Tant que le mineur est sous l'autorité de son père ou de son tuteur, il est incapable, en ce sens qu'il n'agit point; il est représenté dans tous les actes juridiques par le tuteur ou le père administrateur. Le mineur émancipé, au contraire, gouverne lui-même sa personne, et il gère lui-même ses intérêts; il est seulement assisté par son curateur, et cette assistance est exceptionnelle; le mineur ne doit être assisté que dans les cas prévus par la loi; quand elle n'exige pas l'assistance, le mineur agit seul.

Ainsi, le curateur n'administre pas; de là suit qu'il n'est pas comptable. En faut-il conclure qu'il n'est pas responsable? Il est certain qu'il ne répond pas d'une gestion qu'il n'a pas ; cela n'empêche pas qu'il soit mandataire légal, chargé d'assister le mineur et de veiller à ses intérêts dans les cas prévus par la loi. Or, comme mandataire, il doit répondre de l'exécution de son mandat, de même que le tuteur et le subrogé tuteur. La responsabilité est une règle universelle, le curateur y est soumis par cela seul que la loi ne l'en affranchit point. Quant à l'étendue de la responsabilité, on doit appliquer par analogie ce que la loi dit du tuteur (n° 194).

§ II. *Droits du mineur émancipé.*

Sommaire.

424. Le mineur émancipé est affranchi de la puissance paternelle et de la tutelle; il est donc, quant à sa personne, assimilé à un majeur. Il est vrai qu'il est sous curatelle, mais la curatelle ne concerne que les biens. Libre de gouverner sa personne, le mineur émancipé peut établir son domicile où il veut, tandis que le mineur non émancipé a pour domicile celui de son père ou de son tuteur. Toutefois, le mineur émancipé ne peut se marier sans le consentement du conseil de famille; la fille majeure le peut sans consentement aucun, et le fils majeur n'a besoin que du consentement de ses ascendants (n° 212).

425. Les droits du mineur émancipé quant à ses biens sont analogues à ceux du tuteur. Il a le droit de faire les actes d'administration ; pour les autres actes, il doit observer les formes prescrites au mineur non émancipé (art. 481 et 484). Cependant, il y a des différences. La loi dit que le mineur émancipé ne peut faire que des actes de *pure* administration, tandis qu'elle dit du tuteur qu'il *administre* les biens du pupille, sans y ajouter de restriction. La raison en est que le tuteur est un majeur qui jouit

de la plénitude de ses droits ; le mineur émancipé, au contraire, est placé parmi les incapables ; il y a des actes d'administration qu'il ne peut faire sans l'assistance de son curateur. Le pouvoir d'administration du mineur émancipé est donc moins étendu que celui du tuteur (n° 214).

Le mineur émancipé a le droit de faire des baux. Sous ce rapport, il y a identité entre le mineur émancipé et le tuteur (art. 481 et 1718) (n° 215). Le mineur reçoit ses revenus, et il en donne décharge (art. 481). Donner décharge, c'est reconnaître que l'on a reçu un payement, et que, par suite, le débiteur est libéré ; la décharge n'est donc rien qu'une quittance, et il va sans dire que si le débiteur a le droit de payer au mineur, celui-ci peut et doit donner quittance (n° 216). Il peut aussi faire emploi de ses revenus comme il l'entend ; sous ce rapport, ses pouvoirs sont plus étendus que ceux du tuteur, qui est administrateur des biens d'autrui, tandis que le mineur est propriétaire (n° 217).

Le mineur émancipé peut-il aliéner ses effets mobiliers? La question est controversée et la solution douteuse. A notre avis, le mineur ne peut pas disposer de ses biens, puisque la loi lui donne seulement le pouvoir de faire des actes de *pure* administration ; or l'administrateur ne peut pas aliéner, à plus forte raison ne peut-on accorder ce pouvoir au mineur, qui ne jouit du droit d'administrer qu'avec une restriction (art. 484). Il faut donc l'assimiler au tuteur, qui, dans notre opinon (*supra*, n° 394), ne peut disposer du mobilier qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (n° 218).

Le mineur émancipé peut s'obliger quand l'obligation concerne un acte d'administration. La loi ne le dit pas, mais il est de principe que celui qui a le pouvoir d'administrer a, par cela même, le droit de contracter des obligations pour les besoins de son administration, parce qu'il est impossible d'administrer sans contracter. Il suit de là que le mineur ne peut s'obliger que pour les actes d'administration (n° 219).

Le mineur peut intenter des actions mobilières et y défendre. C'est l'application du principe général qui régit le pouvoir de l'administrateur (*supra*, n°s 394 et 115). L'article 482 confirme cette doctrine, puisqu'il n'exige l'assistance du curateur que pour les actions immobilières (n° 220).

Le mineur étant capable de faire les actes d'administration, il en résulte que ces actes sont valables, en ce sens que le mineur n'en peut demander la rescision pour cause de lésion (art. 481). Toutefois la loi lui permet de demander la réduction des obligations qu'il a contractées *par voie d'achat ou autrement* (art. 484), c'est-à-dire quand le mineur fait des dépenses en traitant à crédit, par exemple, en tenant un appartement, en faisant des constructions. La loi dit que « les tribunaux prendront en considération la fortune du mineur, la bonne ou la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses ». Il y a des fournisseurs qui abusent des passions et de l'inexpérience de la jeunesse. La loi ne déclare pas l'engagement nul, puisque le mineur avait le droit de le consentir; mais elle permet au juge d'en prononcer la réduction (n° 222).

426. Il y a des actes que le mineur ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur :

1° Le mineur ne peut recevoir le compte de tutelle, sans être assisté. Il doit connaître l'état de sa fortune, puisqu'il est appelé à la gérer; mais comme il n'est guère en état de discuter le compte du tuteur, la loi veut qu'il soit assisté (n° 223).

2° « Le mineur ne peut recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de son curateur, qui surveillera l'emploi du capital reçu » (art. 482). Cette dernière obligation fait connaître la raison de la loi; elle craint que le mineur ne dissipe ses capitaux. On entend par là toutes les sommes qui ne sont pas des revenus, sans distinguer si le capital est plus ou moins considérable. La loi ne fait pas cette distinction, et il n'y avait pas lieu de distinguer (n° 224).

3° Le mineur ne peut accepter une donation qu'avec l'assistance de son curateur (art. 935). Cette assistance est exigée dans un intérêt moral (n° 225).

4° Le mineur a besoin de l'assistance de son curateur pour procéder au partage d'une succession (art. 840). Dans la théorie du code, le partage est un acte déclaratif de propriété; c'est une fiction, mais il en résulte que la loi se montre moins exigeante pour le partage, que pour les aliénations (art. 465 et 467) (n° 226).

5° Le mineur ne peut intenter une action immobilière ni y

défendre sans l'assistance de son curateur (art. 482). La loi se montre plus rigoureuse pour les droits immobiliers que pour les droits mobiliers; c'est une doctrine traditionnelle (n° 227). Dans l'ancien droit, on faisait peu de cas des meubles : *vilis mobilium possessio,* dit d'Argentré. Les auteurs du code ont suivi la tradition. Il est certain que la règle traditionnelle n'est pas en harmonie avec nos mœurs. Si le mineur fait, sans être assisté de son curateur, un acte pour lequel la loi exige cette assistance, il pourra en demander la rescision pour cause de lésion (art. 1305). Nous reviendrons sur le principe au titre des *Obligations* (n° 229).

427. L'article 484 pose en principe que « le mineur émancipé ne peut faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé. Ces formes sont l'autorisation du conseil de famille, et de plus l'homologation du tribunal, quand il s'agit d'un acte de disposition. La loi n'exige pas l'assistance du curateur; elle serait inutile, puisque les garanties qu'elle prescrit suffisent pour sauvegarder l'intérêt du mineur (n° 230).

L'article 483 applique ce principe aux emprunts; la disposition est inutile, et ne s'explique que par les travaux préparatoires. Dans le projet de code civil, l'article 484 n'existait point, c'est le Tribunat qui le proposa; on oublia ensuite de retrancher l'article 483, qui ne fait qu'appliquer la règle générale de l'article 484 (n° 232).

La règle que le mineur émancipé ne peut faire un acte de disposition reçoit exception pour le mineur commerçant. Il peut emprunter, parce que le commerce vit de crédit; il peut hypothéquer, parce qu'il ne trouverait peut-être pas à emprunter sans garantie hypothécaire; mais il reste incapable d'aliéner ses immeubles (art. 487, et C. de c., art. 2) (n° 234).

Si le mineur émancipé fait un acte pour lequel il est assimilé au mineur sous tutelle, sans observer les formalités prescrites par la loi, l'acte est nul. Nous reviendrons sur le principe, au titre des *Obligations*, où il est traité de l'effet des actes consentis par les mineurs.

428. Le mineur ne peut disposer à titre gratuit, sauf par contrat de mariage (art. 903-905). Nous traiterons de cette matière au titre des *Donations*.

Le mineur émancipé ne peut compromettre, par la même raison pour laquelle le tuteur ne peut faire un compromis (*supra*, nº 404).

CHAPITRE III.

RÉVOCATION DE L'ÉMANCIPATION.

Sommaire.

429. L'article 485 porte : « Tout mineur émancipé dont les engagements auraient été réduits pourra être privé du bénéfice de l'émancipation, laquelle lui sera retirée en suivant les mêmes formes que celles qui auront eu lieu pour la lui conférer. » L'émancipation n'est conférée au mineur que dans la supposition, qui est une condition, qu'il a la capacité requise pour se gouverner. Si sa conduite prouve qu'il est incapable, l'émancipation n'a plus de raison d'être. La loi dit : *tout* mineur. Il y a une exception virtuelle à la règle : l'émancipation qui résulte du mariage ne peut être révoquée, parce que l'article 485 ne peut être appliqué; il suppose que l'émancipation a été conférée suivant certaines formes, or pour l'émancipation légale il n'y a point de formes ; le législateur seul aurait pu déterminer les conditions et les formes sous lesquelles la révocation se ferait (nº 238). D'ailleurs tant que le mariage subsiste, on ne conçoit pas que le mineur soit sous puissance.

430. Quel est l'effet de la révocation? L'article 486 porte : « Dès le jour où l'émancipation aura été révoquée, le mineur rentrera en tutelle. » La disposition est incomplète. Si le mineur a été émancipé pendant la vie de ses père et mère, et si ceux-ci vivent encore lors de la révocation, le mineur rentrera sous puissance paternelle; il ne peut être question de tutelle tant que les père et mère vivent. Si l'un des père et mère est mort, le mineur entre sous tutelle du survivant. Il en serait de même s'il

avait perdu ses parents : il y aurait ouverture de la tutelle des ascendants. La loi suppose que le mineur a été émancipé de la tutelle; elle dit que le mineur y rentre, mais elle ne dit pas que ce sera la même tutelle; la première tutelle a cessé par l'émancipation, il s'ouvre donc une tutelle nouvelle, conformément au droit commun (n° 243).

L'article 486 ajoute que le mineur dont l'émancipation a été révoquée ne pourra plus être émancipé. Il a prouvé qu'il n'avait pas la capacité qu'on lui supposait; dès lors une nouvelle émancipation n'aurait plus de raison d'être (n° 245).

TITRE XII.

DE L'INTERDICTION.

CHAPITRE Ier.

DE L'INTERDICTION JUDICIAIRE.

Sommaire.

431. Sous l'empire du code pénal de 1810, il y avait une interdiction légale (art. 29). Le code pénal belge ne l'a pas maintenue. Il n'y a donc plus, d'après notre droit, qu'une seule interdiction, celle que l'on appelle judiciaire, parce qu'elle est prononcée par les tribunaux. Elle a pour objet d'interdire à l'homme qui est en état de démence l'exercice de ses droits, et de le placer, par conséquent, au nombre des incapables, en l'assimilant au mineur (art. 509).

La loi permet d'interdire les aliénés, dans leur intérêt et dans l'intérêt de la société. Elle leur doit la même protection qu'aux mineurs, parce que leur condition est encore pire. Les mineurs n'ont pas l'usage entier de leur raison, mais leur incapacité naturelle diminue chaque jour, tandis que les aliénés recouvrent

r· ·sage de la raison qu'ils ont perdue. Le législateur
en ce sens que les actes qu'ils passent après le
les interdit sont nuls de droit, de sorte que la
·re prononcée, dès qu'il est prouvé qu'ils ont été
ement à l'interdiction; tandis que si les aliénés
·pire du droit commun, ils devraient prouver
...s de la raison, au moment même où l'acte
.aqué a été passé : preuve très-difficile et parfois im-
.e. L'interdiction garantit aussi les intérêts des tiers; elle
entourée d'une certaine publicité qui avertit les tiers intéressés et les empêche de traiter avec l'aliéné. Si l'aliénation va jusqu'à la fureur, la sécurité publique exige que l'aliéné soit séquestré dans un hospice, et l'intervention de la justice prévient l'abus que l'on pourrait faire de la séquestration (n°s 246 et 247).

§ I. *Des causes de l'interdiction.*

Sommaire.

432. Quand l'aliénation mentale est-elle une cause d'interdiction?
433. L'aliéné *doit-il* être interdit?
434. Le mineur aliéné peut-il être interdit?

429. « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides » (art. 489). « L'imbécillité, dit l'orateur du Tribunat, est une faiblesse d'esprit causée par l'absence ou l'oblitération des idées. La démence est une aliénation qui ôte à celui qui en est atteint l'usage de la raison. La fureur est une démence portée à un haut degré, qui pousse le furieux à des mouvements dangereux pour lui-même et pour les autres. » Ces distinctions qui, dit-on, ne sont plus en rapport avec les progrès de la science, n'ont aucune importance pratique. Dès qu'il y a aliénation mentale et que cet état est habituel, l'aliéné doit être interdit. Quand y a-t-il aliénation? Sur cette question les tribunaux doivent entendre les médecins (n° 249).

La question est de fait. Il y a cependant un caractère de l'aliénation qui est de droit; elle doit être habituelle. On lit dans l'Exposé des motifs : « Ce n'est pas sur quelques actes qu'on

s'avisera jamais de décider qu'un homme a perdu le sens et la raison. Mais lorsque la raison n'est plus qu'un accident dans la vie de l'homme, lorsqu'elle ne s'y laisse apercevoir que de loin en loin, tandis que les paroles et les actions de tous les jours sont les paroles et les actions d'un insensé, on peut dire que c'est un état habituel de démence; c'est alors le cas de l'interdiction. » Il peut donc y avoir démence sans qu'il y ait lieu à interdiction : la démence doit avoir les caractères requis par la loi pour que l'aliéné puisse être interdit (nº 250).

L'article 489 ajoute que l'aliéné doit être interdit si l'aliénation est habituelle, alors même que cet état présenterait des intervalles lucides. C'est précisément quand il y a des intervalles lucides, que l'aliéné doit être interdit. Lorsque l'aliénation est continue, elle devient par cela même notoire, et, par suite, il est impossible que l'aliéné fasse des actes juridiques; les tiers ne traiteraient pas avec lui, parce qu'il serait trop facile de prouver la démence. Si, au contraire, l'aliéné a des intervalles lucides, il serait capable d'agir pendant ces intervalles; de là naîtraient des difficultés sur le point de savoir si l'aliéné se trouvait dans un intervalle lucide; or, rien n'est plus difficile que d'établir l'état moral d'un individu à un moment donné. Le juge aurait pu maintenir des actes préjudiciables à l'aliéné; il n'y avait qu'un moyen de sauvegarder ses intérêts, c'était de le priver de l'exercice de ses droits, même pendant les intervalles lucides (nº 250).

432. L'article 489 dit que l'aliéné *doit* être interdit quand l'aliénation présente les caractères déterminés par la loi. Cela est trop absolu. L'article 491 le prouve; il fait au ministère public un devoir de provoquer l'interdiction lorsque l'aliéné se trouve dans un état habituel de *fureur*, parce que l'ordre public est intéressé à ce qu'il soit séquestré. S'il y a seulement *démence* ou *imbécillité*, l'action du ministère public est facultative; dès lors on ne peut plus dire que l'aliéné doive être interdit; il ne devrait l'être que si la famille voulait le placer dans une maison de sûreté, ou dans un hospice, il faut un jugement, dans ce cas, pour sauvegarder l'aliéné. Mais s'il reste dans le sein de sa famille, celle-ci seule est intéressée à le faire interdire, et la loi laisse les parents juges de leur intérêt.

Tel était le système du code Napoléon. La loi du 8 juin 1850

permet de colloquer les aliénés dans un hospice ou dans une maison de santé sans qu'ils soient interdits. Cette collocation sauvegarde l'intérêt social ainsi que la liberté de l'aliéné; dès lors on ne peut plus dire que l'aliéné doit être interdit, même en cas de fureur. L'interdiction n'a plus d'utilité que pour déclarer l'aliéné incapable, afin de l'empêcher de se ruiner lui et les siens par les actes qu'il pourrait faire. Le seul objet de l'interdiction est donc de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'aliéné et de sa famille. Si l'aliéné n'a pas de biens, l'interdiction n'a plus de raison d'être (n° 251).

434. L'article 489 porte que le *majeur* doit être interdit s'il se trouve dans un état habituel d'aliénation mentale. En faut-il conclure que le *mineur* ne peut pas être interdit? Il y a d'autres textes qui supposent que le mineur peut et doit l'être (art. 174 et 175). En principe, cela n'est pas douteux : les motifs qui justifient l'interdiction du majeur s'appliquent au mineur. Si la loi ne parle que du majeur, c'est qu'elle se préoccupe surtout des intérêts pécuniaires de l'aliéné et de ses héritiers; à ce point de vue, l'interdiction du mineur pouvait paraître inutile, puisque, étant sous puissance paternelle ou sous tutelle, il est incapable d'agir. Mais reste l'intérêt social, et celui de la liberté de l'aliéné, qui, sous l'empire du code Napoléon, exigeaient un jugement. La rédaction de l'article 489, sous ce rapport, est mauvaise : il faut poser en principe que toute personne peut être interdite (n° 252).

§ II. *Procédure.*

Sommaire.

435. L'interdiction ne peut être demandée que par les per-

sonnes auxquelles la loi donne le droit de la provoquer. Ce principe résulte de la nature de l'interdiction. Elle est d'ordre public, puisqu'elle tend à rendre incapable celui qui est capable, et elle a pour effet de priver l'aliéné de sa liberté. La loi ne pouvait autoriser le premier venu à mettre en question la liberté et la capacité des personnes. Voilà pourquoi elle détermine avec soin qui peut agir (n° 253).

« Tout parent est recevable à provoquer l'interdiction de son parent » (art. 490). L'orateur du Tribunat en dit la raison. « Il est juste de donner aux membres d'une famille les moyens de conserver la fortune et la vie à celui d'entre eux qui, par sa désorganisation physique et morale, est menacé de perdre l'un et l'autre. Ils ont un intérêt direct et personnel à cette conservation, et de plus une solidarité d'honneur et d'affection qui doit leur mériter toute confiance. » Il suit de là que les alliés n'ont pas le droit d'agir : ils ne sont pas parents, et ils n'ont pas comme ceux-ci un intérêt personnel et direct à l'interdiction, puisqu'ils ne sont pas héritiers éventuels (n° 256).

« L'époux peut demander l'interdiction de son conjoint » (art. 490). C'est pour lui un devoir d'affection, et il a aussi un droit, comme intéressé à la conservation des biens (n° 257).

La loi donne encore l'action au ministère public, mais en distinguant. Il doit agir quand l'aliéné est furieux, et que son interdiction n'est provoquée ni par l'époux ni par les parents : la sécurité publique est, dans ce cas, intéressée à la séquestration du malheureux, qui pourrait se livrer à des attentats contre sa vie et contre celle des autres. L'action du ministère public est facultative quand l'aliéné est en état d'imbécillité ou de démence et qu'il n'a ni conjoint ni parents connus; s'il y a des parents ou un conjoint, le ministère public n'a plus le droit d'agir; dans ce cas il n'y a que des intérêts privés en cause, la loi les abandonne à l'appréciation de la famille (n° 258). Alors même que l'aliéné n'a ni époux ni parents, le ministère public n'est pas obligé de provoquer son interdiction; s'il est nécessaire de le colloquer, les lois spéciales portées en France et en Belgique le permettent, sans recourir à l'interdiction.

436. « Toute demande en interdiction sera portée devant le tribunal de première instance » (art. 492). Le code ne dit pas

quel est le tribunal compétent; on reste donc sous l'empire du droit commun, d'après lequel toute action personnelle doit être portée devant le tribunal du lieu où est domicilié le défendeur (n° 261).

437. « Les faits de démence, d'imbécillité ou de fureur seront articulés par écrit. Ceux qui poursuivent l'interdiction présenteront les témoins et les pièces » (art. 493). Le code de procédure (art. 890) ajoute que cela doit se faire dans une requête présentée au président du tribunal. La loi veut empêcher que les parents n'intentent à la légère des actions téméraires ou vexatoires (n° 263).

438. « Le tribunal ordonnera que le conseil de famille, formé selon le mode déterminé au titre de la *Tutelle*, donne son avis sur l'état de la personne dont l'interdiction est demandée » (art. 494). L'orateur du Tribunat motive cette disposition en ces termes : « Les relations habituelles des parents avec le prétendu insensé les mettent à portée de juger son état; tandis que l'intérêt de la famille, balancé entre le besoin de ménager l'opinion publique et celui de veiller à la conservation des biens, leur fait un devoir de le bien juger. »

La loi veut que le conseil soit composé d'après les règles établies au titre de la *Tutelle;* il faut dont appliquer ici tout ce que nous avons dit de la composition du conseil de famille et des causes d'exclusion (*supra,* n°s 356-360, 377 et 378). Il n'y a qu'une seule disposition spéciale, celle de l'article 495, ainsi conçue : « Ceux qui auront provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du conseil de famille. » Les demandeurs sont parties en cause, ils ne peuvent donc pas donner un avis impartial. La loi ajoute : « Cependant l'époux ou l'épouse, et les enfants de la personne dont l'interdiction est provoquée pourront y être admis sans y avoir voix délibérative. » L'enfant et les époux doivent, en principe, être appelés au conseil, à titre de plus proches parents et alliés; ils en sont exclus, en vertu de la première disposition de l'article 495, s'ils provoquent l'interdiction. *Cependant,* dit la loi, c'est-à-dire, alors même qu'ils seraient demandeurs, ils seront admis au conseil, mais sans y avoir voix délibérative. La loi, ainsi interprétée, est fondée en raison. Le conseil de famille doit donner un avis sur l'état du malade; or, qui est plus à même

d'apprécier cet état que le conjoint et les enfants? Donc, fussent-ils demandeurs, ils doivent être entendus (n° 265).

439. « Après avoir reçu l'avis du conseil de famille, le tribunal interrogera le défendeur à la chambre du conseil » (art. 496). Le juge ne peut pas prononcer l'interdiction sans avoir ordonné l'interrogatoire. C'est une formalité de la plus haute importance, parce que c'est souvent le seul moyen de constater la folie. Si le défendeur refuse de comparaître, on doit naturellement passer outre. L'interrogatoire se fait par le tribunal, afin que tous les juges voient le défendeur et l'entendent; son maintien, l'air, le ton, le geste en apprendront plus que ses paroles. La loi veut que le défendeur soit interrogé en la chambre du conseil; elle a craint que la présence du public n'affectât trop vivement le défendeur; d'ailleurs il importe de ne pas donner de l'éclat à une instruction qui peut aboutir au rejet de la demande, il faut donc ménager la susceptibilité de celui dont l'interdiction est poursuivie (n° 269).

440. « Après le premier interrogatoire, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur » (art. 497). Le juge a, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Si l'interrogatoire prouve que le défendeur est absolument incapable de gouverner sa personne et d'administrer ses biens, il y a urgence de nommer un administrateur, en attendant que le jugement soit rendu et que l'on puisse procéder à la nomination d'un tuteur (n° 270).

Quels sont les droits de l'administrateur provisoire? Le juge les détermine d'après les besoins de la cause, et, selon les circonstances, il les étend ou les restreint (n° 272). On a demandé si le défendeur peut être placé dans une maison de santé, en vertu du jugement qui nomme un administrateur. L'affirmative nous paraît certaine, même d'après le code, car c'est bien là ce qu'il entend par ces mots : *prendre soin de la personne de l'aliéné*. La question a été tranchée en ce sens par la loi du 18 juin 1850 (art. 7, n° 1) (n° 273).

441. « Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, l'enquête » (c. de pr., art. 893). L'enquête est donc facultative. Elle se fait en la forme ordinaire,

sauf que le tribunal peut ordonner, si les circonstances l'exigent, qu'elle aura lieu hors de la présence du défendeur, qui, dans ce cas, pourra se faire représenter par son conseil. La loi a voulu, dans l'intérêt de l'aliéné, éviter le conflit des intérêts et des passions que soulève le débat sur l'état mental du défendeur (n°s 275 et 276).

442. Quand l'instruction est terminée, on rentre dans le droit commun. L'article 498 porte : « Le jugement sur une demande en interdiction ne pourra être rendu qu'en audience publique, les parties entendues ou appelées. » La publicité est une règle générale, et, d'après notre droit, une règle constitutionnelle (constit. belge, art. 97). Aux termes de l'article 515, le ministère public doit prendre des conclusions. Il s'agit de priver le défendeur de sa capacité et de sa liberté; le ministère public doit être entendu, parce qu'il n'y a point de cause qui intéresse à un plus haut degré l'intérêt public dont il est l'organe.

Il y a lieu à appel. D'après l'article 505, on ne peut pas, s'il y a appel, procéder à la nomination d'un tuteur; l'appel est donc suspensif (n° 280).

L'article 500 porte que la cour pourra, si elle le juge nécessaire, interroger de nouveau la personne dont l'interdiction est demandée. Ainsi l'interrogatoire n'est plus de rigueur, comme en première instance. Si la cour se trouve suffisamment éclairée, par la première procédure, il serait inutile de renouveler l'interrogatoire (n° 281).

443. « Tout arrêt ou jugement portant interdiction sera, à la diligence des demandeurs, levé, signifié à partie, et inscrit dans les dix jours sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire, et dans les études des notaires de l'arrondissement » (art. 501). L'interdiction doit être rendue publique, parce qu'elle modifie l'état de l'interdit, qui, de capable qu'il était, devient incapable; les tiers sont donc intéressés à la connaître. Toutefois le code ne subordonne pas les effets du jugement à l'accomplissement des formes qu'il prescrit, comme la loi hypothécaire le fait pour la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers. Il y a une raison de cette différence. C'est dans l'intérêt de l'aliéné que la loi permet de l'interdire; donc le jugement doit avoir effet, indépendamment de sa publicité, sinon il

dépendrait de la négligence des parents de rendre le jugement inefficace. Si le jugement n'a pas été rendu public, les tiers lésés par le défaut de publicité auront une action en dommages-intérêts contre les parents ou les notaires qui ont négligé de remplir les formalités prescrites par la loi. C'est ce que dit la loi du 25 ventôse an XI qui a reproduit la disposition de l'article 501 (n° 284).

Le décret du 16 février 1807 ordonne encore l'insertion du jugement dans un journal judiciaire (art. 92, § 29); mieux eût valu l'insérer dans un journal politique : c'est la seule publicité efficace. Il est même douteux que la disposition du décret ait une sanction; elle ne porte pas que l'insertion doit avoir lieu à peine de dommages-intérêts. D'ailleurs il n'y a point de journal judiciaire en Belgique, paraissant tous les jours; de sorte que l'exécution du décret devient impossible (n° 284).

§ III. *De la tutelle de l'interdit.*

Sommaire.

444. L'interdit est sous tutelle. Y a-t-il une tutelle légale? La femme peut-elle être tutrice?
445. Disposition exceptionnelle sur la durée de la tutelle.
446. Dispositions spéciales concernant la gestion de la tutelle.

444. L'interdit est mis sous tutelle (art. 505); il est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens (art. 509). Il est pourvu à la nominatien du tuteur suivant les règles prescrites au titre de la *Tutelle :* c'est dire que la tutelle est dative (n° 287). Il y a exception quand la femme est interdite; le mari est de droit son tuteur (art. 506). C'est un devoir pour lui, puisque le mariage lui impose l'obligation de protéger sa femme et de lui donner secours et assistance (art. 212 et 213). Comme tuteur, il ne fait que continuer ce qu'il faisait comme mari. Cela est vrai, en général, de l'administration des biens de la femme, puisqu'elle lui appartient d'après le régime de la communauté, qui est le régime du droit commun (n° 288).

L'article 507 porte que la femme peut être nommée tutrice de son mari. C'est une dérogation au droit commun; d'après l'article 442, les femmes ne peuvent être tutrices, sauf la mère et les ascendantes. Il y avait un motif analogue de faire exception pour la femme de l'interdit : son devoir et son intérêt l'appellent à

prendre soin de la personne de son mari et à gérer ses biens. Cependant le législateur ne l'a pas nommée tutrice de droit, parce qu'elle peut être incapable de gérer la tutelle de l'interdit, plus difficile encore que la tutelle des mineurs. L'article 507 ajoute que le conseil de famille réglera, en ce cas, les formes et les conditions de l'administration, sauf le recours de la femme devant les tribunaux si elle se trouve lésée par l'arrêté de la famille. La fin de l'article fait connaître le but de ce règlement; il a pour objet de restreindre le pouvoir de la femme à raison de son inexpérience des affaires. C'est aussi en ce sens que le rapporteur du Tribunat a expliqué la disposition (n° 291).

445. L'article 508 contient une disposition spéciale sur la durée de la tutelle : « Nul, à l'exception des époux, des ascendants et descendants, ne sera tenu de conserver la tutelle de l'interdit au delà de dix ans. A l'expiration de ce délai, le tuteur pourra demander et devra obtenir son remplacement ». C'est une exception au droit commun, qui s'explique par la différence qui existe entre le mineur et l'interdit. La minorité a un terme certain fixé par la nature; l'interdiction n'en a d'autre que la vie, puisque la maladie est le plus souvent incurable. Et d'un autre côté, la tutelle de l'interdit est plus difficile à gérer, ou du moins plus désagréable; il fallait donc y mettre une limite, sauf quand il s'agit des plus proches parents ou alliés, pour qui la tutelle est un devoir (n° 293).

446. Les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits (art. 509). Il y a cependant des différences. D'abord quant à la personne de l'interdit. Le mineur doit être élevé; l'interdit doit être traité par un médecin pour obtenir sa guérison, ou du moins pour être soulagé. L'article 510 dit que, selon les caractères de sa maladie et l'état de sa fortune, le conseil de famille pourra arrêter qu'il sera traité dans son domicile ou qu'il sera placé dans une maison de santé, et même dans un hospice. D'après la loi du 18 juin 1850 (art. 7, n° 1), c'est le tuteur qui forme la demande d'admission quand l'interdit doit être traité dans un établissement d'aliénés; il y joint la délibération du conseil de famille, prise en vertu de l'article 510 (n° 294).

Quant à l'administration des biens, on applique les règles de

la tutelle, sauf en ce qui concerne l'emploi des revenus. L'article 510 dit que les revenus de l'interdit doivent être essentiellement employés à adoucir son état et à accélérer sa guérison. Quand il s'agit du mineur, le tuteur doit gérer avec économie, pour que le pupille trouve à sa majorité un capital dont il puisse disposer dans l'intérêt de son avenir. L'interdit le plus souvent ne jouira plus de sa fortune; il ne peut donc être question de capitaliser, puisque cela se ferait dans l'intérêt des héritiers, et en imposant des privations matérielles au malheureux qui est déjà privé du plus grand des biens, la raison. C'est le conseil de famille qui réglera, d'après le droit commun, la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle de l'interdit (n° 296).

L'article 511 contient encore une disposition spéciale : « Lorsqu'il sera question du mariage de l'enfant de l'interdit, la dot ou l'avancement d'hoirie et les autres conventions matrimoniales seront réglés par un avis du conseil de famille, homologué par le tribunal sur les conclusions du procureur impérial. » C'est une exception au droit commun, d'après lequel les représentants d'un incapable ne peuvent pas faire de libéralité en son nom. La loi y déroge par nécessité : la dotation de l'enfant est une obligation naturelle, il faut que la famille ait le droit de remplir, au nom du père incapable, un devoir d'où peut dépendre l'établissement de l'enfant. Le conseil de famille règle aussi les conventions matrimoniales, en ce sens qu'il peut subordonner la dotation à l'adoption de tel régime ou de telles clauses qu'il considère comme les plus avantageuses à l'enfant (n° 298).

§ IV. *Effet de l'interdiction.*

1° QUANT AU MARIAGE ET A LA PUISSANCE PATERNELLE.

Sommaire.

447. Quand le mari est tuteur.
448. Quand la femme est tutrice. *Quid* si elle ne l'est pas?

447. Quand la femme est interdite, le mari est tuteur légal (art. 506); il a, dans ce cas, une double puissance, l'autorité maritale et la tutelle. Il conserve les droits qui lui appartiennent comme mari; la tutelle ne peut pas les diminuer. Il suit de là que l'article 511 n'est pas applicable au mari tuteur; c'est lui, et non

le conseil de famille, qui décidera si la femme interdite sera ou non placée dans un établissement d'aliénés. Il reste aussi chef de la communauté ; ses droits, à cet égard, ne sont altérés en rien par sa qualité de tuteur. Le mari conserve aussi l'administration légale des biens de la femme (nº 300).

448. Si la femme est tutrice de son mari interdit, elle n'a d'autre pouvoir que celui que lui donne la tutelle. Il suit de là que l'article 511 est applicable à la femme tutrice. Quant aux biens, elle les administre, mais toujours en qualité de tutrice, comme mandataire légale du mari.

Que faut-il décider de la puissance paternelle? En droit, elle continue à appartenir au mari, mais de fait elle sera exercée par la femme, non comme tutrice, mais comme mère. La raison en est que la mère a la puissance paternelle au même titre que le père : donc quand celui-ci est dans l'impossibilité de l'exercer, la femme l'exercera en vertu d'un droit qui lui est propre. De là suit que ses droits seront ceux d'une mère qui a l'exercice de la puissance paternelle, et non ceux d'une tutrice (nº 302). Elle exercerait cette puissance, alors même qu'elle ne serait pas tutrice. Mais, dans ce cas, elle n'aurait pas l'administration des biens, à laquelle elle n'a aucun droit comme femme; c'est le tuteur qui l'exercera (nº 303).

Nº 2 QUANT A LA CAPACITÉ DE L'INTERDIT.

Sommaire.

449. L'interdit est assimilé au mineur, en quel sens? Quel est l'effet des actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction?
450. L'article 502 s'applique-t-il aux actes moraux?
451. L'interdiction a-t-elle un effet sur les actes antérieurs au jugement qui la prononce? Quand ces actes peuvent-ils être annulés?
452. Les actes faits par un aliéné non interdit peuvent-ils être attaqués après sa mort?

449. L'article 509 porte que l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens. Il y a analogie, en ce sens que l'interdit et le mineur sont incapables, et placés sous tutelle à raison de leur incapacité; le tuteur les représente l'un et l'autre, et ses pouvoirs sont identiques, qu'il s'agisse d'un mineur ou d'un interdit. Voilà pourquoi l'article 1124 déclare incapables de contracter les mineurs et les interdits, et il semble les mettre sur

la même ligne; toutefois la différence est grande en ce qui concerne la nature et les conséquences de l'incapacité. Aux termes de l'article 502, tous actes passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction seront nuls de droit, c'est-à-dire nuls, par cela seul qu'ils ont été faits par un interdit, de sorte que le demandeur n'a qu'une seule chose à prouver, c'est que l'acte qu'il attaque a été passé par l'interdit postérieurement à l'interdiction ; dès que cela est établi, le tribunal sera obligé de prononcer la nullité. La raison en est que le jugement qui interdit une personne établit une présomption légale d'incapacité, en vertu de laquelle les actes sont frappés de nullité. Or, d'après l'article 1352, nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes. Le juge ne pourrait donc pas admettre le défendeur à prouver que l'acte a été passé pendant un intervalle lucide. Nous avons déjà dit quel est le motif de cette rigueur (*supra*, n°s 431 et 432). C'est précisément à raison de ces intervalles lucides qu'il est nécessaire d'interdire l'aliéné; pour le protéger d'une manière efficace, la loi a dû déclarer nuls de droit les actes qu'il ferait postérieurement à l'interdiction.

La situation du mineur est toute différente; les actes qu'il fait ne sont pas nuls de droit, par cela seul qu'il les a passés en minorité; si on lui permet de les attaquer, ce n'est pas parce qu'il est mineur, c'est parce qu'il a été lésé; il ne suffit donc pas qu'il prouve qu'il les a faits en minorité, il doit prouver qu'il a été lésé, car il est restitué non comme mineur, mais comme lésé. La preuve de la lésion se fait d'après les divers actes, soit en établissant le préjudice qui est résulté pour lui d'un acte d'administration, soit en établissant que les formes prescrites par la loi pour le garantir de tout préjudice n'ont pas été remplies (n° 304).

Les mots de l'article 502 : sont nuls *de droit*, ont été interprétés par la cour de cassation de Belgique en ce sens que la loi déclarerait ces actes inexistants. C'est une erreur. La cour a confondu l'expression *nul de droit* avec l'expression *nul de plein droit* (art. 1117). L'acte *nul de plein droit* est un acte *inexistant*, qui ne donne pas lieu à une action en nullité, car on ne peut pas annuler le néant ; tandis que les actes passés par l'interdit sont nuls, en ce sens qu'ils sont annulables, c'est-à-dire que le juge peut les annuler.

L'article 1304 les met sur la même ligne que les actes nuls pour vice de consentement; et l'article 1117 porte que la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit, qu'elle donne seulement lieu à une action en nullité. Cela est aussi fondé en raison. La loi a voulu protéger l'interdit, et elle aurait dépassé le but en déclarant inexistants les actes par lui passés, car il se peut que ces actes lui soient profitables, et qu'il ait intérêt à les maintenir. Il suffisait donc de déclarer les actes nuls; c'est à l'interdit ou à ses représentants de voir s'ils doivent ou non en demander la nullité (n° 305).

450. L'article 502 dit que *tous* actes faits par l'interdit sont nuls. Il est certain que la nullité s'applique à tous les actes pécuniaires, à titre gratuit ou à titre onéreux; nous reviendrons sur les premiers au titre des *Donations et Testaments*. L'article 502 reçoit-il aussi son application aux actes moraux? A notre avis, non. Pour déterminer les effets de l'interdiction, il faut voir quel en est l'objet. Elle est établie dans l'intérêt de l'interdit et de sa famille, donc dans un intérêt pécuniaire. Cela est si vrai, que si l'aliéné est indigent, l'interdiction n'a plus de raison d'être; aussi n'interdit-on pas les aliénés qui n'ont pas de biens. L'interdiction est donc étrangère aux intérêts et aux actes moraux. Tel est le mariage : l'interdit peut se marier quand il a des intervalles lucides qui lui permettent de contracter; or les formalités qui précèdent et qui accompagnent le mariage garantissent suffisamment l'interdit contre toute surprise. Par la même raison, l'interdit peut demander le divorce et la séparation de corps, former l'action en désaveu et reconnaître un enfant naturel (n° 308).

451. L'article 502 dit que l'interdiction a effet du jour du jugement; de là suit que l'incapacité de l'interdit ne rétroagit pas au jour de la demande. En général, les jugements rétroagissent, le demandeur ne devant pas souffrir des lenteurs inévitables de la justice. Pourquoi, dans l'espèce, le jugement ne rétroagit-il pas? Celui qui provoque l'interdiction ne demande rien pour lui-même, il agit dans l'intérêt de la personne dont les facultés intellectuelles sont dérangées; or, cette personne est intéressée à conserver l'exercice de ses droits, tant que son incapacité n'est pas légalement constatée, et elle ne l'est que par le jugement (n° 311).

Le jugement rétroagit cependant, en un certain sens, dans le

cas prévu par l'article 503, qui est ainsi conçu : « Les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. » D'après le droit commun, les actes faits par une personne non interdite que l'on prétend aliénée peuvent être attaqués du chef d'insanité d'esprit; en effet, celui qui n'est pas sain d'esprit ne peut pas consentir, et sans consentement, il n'y a pas de contrat. Que doit prouver celui qui attaque l'acte? Qu'au moment même où le contrat a été passé, l'une des parties était en état de démence, et par conséquent incapable de consentir. Si le demandeur fait cette preuve, l'acte sera plus que nul, il sera inexistant, car le consentement est une des conditions requises pour l'existence des conventions. L'article 503 déroge à ces principes; il permet d'annuler les actes antérieurs à l'interdiction, sans que le demandeur soit tenu de prouver la démence de l'aliéné au moment du contrat; il suffit qu'il établisse que la *cause de l'interdiction* existait *notoirement à l'époque où l'acte a été fait*. Cette *notoriété* est bien plus facile à prouver que la démence à un moment précis. En ce sens, il y a une espèce de rétroactivité attachée au jugement; l'orateur du gouvernement en dit la raison : « Celui qui contracte avec une personne notoirement aliénée est lui-même notoirement de mauvaise foi. On suppose que la notoriété de la cause de l'interdiction existe quant à lui, et ne lui laisse aucun prétexte pour affecter une ignorance tout à fait invraisemblable » (n° 313).

Pour que l'article 503 soit applicable, il faut 1° que l'interdiction ait été prononcée; il y a, dans ce cas, une probabilité que la folie existait à une époque antérieure au jugement, car l'aliénation ne devient pas un état habituel subitement, en un jour; il faut du moins un certain temps pour s'assurer qu'elle est habituelle. C'est à raison de cette probabilité que la loi permet à l'interdit de demander la nullité des actes qu'il a faits avant son interdiction, en prouvant que son aliénation était notoire. S'il n'y a pas d'interdiction, l'aliéné reste sous l'empire du droit commun, tel que nous venons de le rappeler.

2° Il faut que la *cause de l'interdiction* ait existé notoirement à l'époque où les actes ont été faits. La cause de l'interdiction, c'est la démence habituelle. Cet état habituel du malade contribue

à la notoriété et en est l'élément essentiel; l'aliénation serait difficilement notoire si elle était accidentelle. Ces deux conditions suffisent; le demandeur ne doit pas prouver que le tiers qui a traité avec l'aliéné connaissait son état mental; il pouvait le connaître et il le devait, puisqu'il a contracté avec une personne dont l'aliénation était notoire lors du contrat (n[os] 314 et 315).

S'il est prouvé que l'acte a été fait à une époque où l'aliénation habituelle était notoire, cet acte *pourra être annulé*, dit l'article 503. Il résulte de là une grande différence entre les actes antérieurs et les actes postérieurs à l'interdiction. Ceux-ci sont nuls *de droit;* le juge doit les annuler dès qu'il est prouvé que les actes ont été passés postérieurement au jugement qui prononce l'interdiction, sans que l'on soit admis à prouver qu'ils ont été faits dans un intervalle lucide. Les actes antérieurs à l'interdiction ne sont pas nuls de droit; le juge *peut* les annuler, il *peut* aussi les maintenir; les tiers seraient donc admis à prouver que celui avec lequel ils ont traité se trouvait dans un intervalle lucide, et il va sans dire que, dans ce cas, l'acte serait maintenu. La raison de cette différence est qu'il résulte du jugement d'interdiction une présomption légale d'incapacité contre laquelle la preuve contraire n'est pas admise; tandis que la notoriété de la démence n'engendre qu'une probabilité, laquelle cède devant la preuve que lors du contrat la démence n'existait point (n° 318).

452. Si l'aliéné n'a pas été interdit, l'article 503 n'est pas applicable; on rentre alors sous l'empire du droit commun. L'acte qu'un aliéné ferait pourrait être attaqué, comme nous l'avons dit, en prouvant qu'il était incapable de consentir lors du contrat. Mais il faut régulièrement que l'action soit intentée du vivant de l'aliéné. L'article 504 porte : « Après la mort d'une personne, les actes par elle faits ne pourront être attaqués pour cause de démence qu'autant que son interdiction aurait été prononcée ou provoquée avant son décès, à moins que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. » Ainsi, en principe, ces actes ne peuvent plus être attaqués. Pourquoi la loi refuse-t-elle l'action aux héritiers? D'abord, parce que la preuve de la démence est beaucoup plus difficile, puisqu'on ne peut plus recourir à l'interrogatoire, qui souvent est le seul moyen de prouver l'aliénation. Ensuite, parce qu'il y a une négligence à reprocher

aux héritiers ; ce n'est pas seulement un droit pour eux, c'est aussi un devoir, puisque l'interdiction est avant tout prononcée dans l'intérêt de l'interdit (n° 324).

L'article 504 admet deux exceptions à la règle qu'il établit. Il permet d'abord aux héritiers d'attaquer pour cause de démence les actes faits par leur auteur, lorsque son interdiction a été prononcée ou provoquée avant son décès. Quand elle a été prononcée, les héritiers succèdent au droit qu'avait son auteur : c'est le droit commun. Si l'interdiction a été provoquée, il n'y a plus de reproche à leur faire, puisqu'ils ont agi, et le fait seul de leur action témoigne contre la capacité de celui dont l'interdiction est demandée. En second lieu, les héritiers peuvent attaquer l'acte de son auteur, quand même ils n'auraient pas provoqué son interdiction, lorsque la preuve de la démence résulte de l'acte. La loi ne pouvait pas valider un acte qui porte en lui-même la preuve de sa nullité, pour mieux dire, de son inexistence (n° 325). Nous dirons plus loin, n° 469, que la loi du 18 juin 1850 a dérogé, en ce point, au code civil.

§ V. *Mainlevée de l'interdiction.*

Sommaire.

453. Comment l'interdiction est-elle levée?

453. L'article 512 porte que l'interdiction cesse avec les causes qui l'ont déterminée; elle cesse donc quand l'aliéné est guéri. Néanmoins, dit la loi, la mainlevée ne sera prononcée qu'en observant les formalités prescrites pour parvenir à l'interterdiction, et l'interdit ne pourra reprendre l'exercice de ses droits qu'après le jugement de mainlevée. Puisque c'est le tribunal qui constate la maladie et prononce l'interdiction, il était naturel de charger le même pouvoir de constater la guérison, et de prononcer la mainlevée du jugement qui a déclaré l'incapacité (n° 329).

CHAPITRE II.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

---

§ I. *Des causes pour lesquelles il y a lieu à la nomination d'un conseil judiciaire.*

Sommaire.

454. Qu'entend-on par conseil judiciaire ?
455. Dans quels cas y a-t-il lieu de nommer un conseil judiciaire? De la faiblesse d'esprit.
456. Pourquoi la loi permet-elle de donner un conseil aux prodigues ?

454. La loi permet de nommer un conseil judiciaire aux personnes prodigues ou faibles d'esprit. Ceux qui sont placés sous conseil ne peuvent, sans son assistance, faire certains actes concernant la gestion de leur patrimoine. Ils conservent le droit de faire les actes qui ne leur sont pas défendus; ils ont notamment capacité de faire tous actes d'administration, ainsi que tous les actes qui concernent leur personne. En ce sens, ils sont capables (n° 336).

455. La nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peut avoir lieu d'office ou sur la demande des parties intéressées. Elle se fait d'office dans le cas prévu par l'article 499, qui porte : « En rejetant la demande en interdiction, le tribunal pourra néanmoins, si les circonstances l'exigent, ordonner que le défendeur ne pourra désormais plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier ni en donner décharge, aliéner ni grever ses biens d'hypothèques, sans l'assistance d'un conseil qui lui sera nommé par le même jugement ». La loi dit : *d'après les circonstances*. Cela est très-vague ; la doctrine a résumé ces circonstances, en les qualifiant de faiblesse d'esprit. Ce terme ne s'applique qu'à la faiblesse native des facultés intellectuelles, mais comme il n'est pas légal, on ne peut pas s'en prévaloir pour limiter à ce cas le droit du juge ; l'article 499 lui donne un grand pouvoir d'appréciation. Ainsi les sourds et muets pourraient être mis sous conseil, s'ils n'ont pas profité de l'admirable instruction

inventée par la charité chrétienne; on ne peut pas dire qu'ils sont faibles d'esprit, mais leur intelligence n'a pas été développée (n° 339).

Le code ne dit pas que la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit peut être faite directement. Mais ce droit résulte de l'article 499. La loi permet au juge de nommer un conseil judiciaire sur une demande en interdiction, ce qui suppose que cette demande implique celle de la nomination d'un conseil, car les tribunaux ne peuvent jamais statuer que sur les demandes qui leur sont soumises; si le demandeur peut provoquer tacitement la mise sous conseil, il peut à plus forte raison le faire expressément (n° 339).

456. La loi permet encore de nommer un conseil aux prodigues (art. 513), c'est-à-dire à ceux qui dissipent leur patrimoine en folles dépenses. Au conseil d'Etat, on objecta que le prodigue était dans son droit en dépensant sa fortune à sa guise, puisque la propriété donne le pouvoir d'abuser. L'objection serait décisive si le conseil était donné au prodigue dans son intérêt. Mais quand il se ruine, il lèse d'autres intérêts et plus que des intérêts, des droits. Que fera le prodigue quand il aura dissipé ses biens? Il demandera des aliments à ceux qui sont obligés de lui en fournir : ne serait-il pas de toute injustice que la famille fût tenue de l'entretenir, sans avoir le droit de prévenir sa ruine? S'il s'adresse à la bienfaisance publique, il est également injuste que le patrimoine des pauvres serve à nourrir un homme qui était riche et qui a trouvé bon de dissiper tout ce qu'il avait en folles dépenses. L'usage de la propriété peut et doit être limité dès qu'il compromet d'autres droits (n° 340).

§ II. *Du conseil.*

Sommaire.

457. Qui peut demander la nomination d'un conseil?
458. Procédure et nomination du conseil.
459. Quelle est la mission du conseil judiciaire?

457. L'article 514 porte : « La défense de procéder sans l'assistance du conseil peut être provoquée par ceux qui ont droit de demander l'interdiction. » Cette disposition ne s'applique qu'au

prodigue, puisque dans le chapitre III il n'est parlé que de la prodigalité. Le même principe est applicable à la faiblesse d'esprit; cela est évident lorsque le tribunal nomme le conseil d'office, car, dans ce cas, l'interdiction a été demandée par ceux qui en avaient le droit; et comme la demande d'interdiction implique celle de la nomination d'un conseil judiciaire, il en faut conclure qu'il n'y a que ceux qui peuvent provoquer l'interdiction qui ont qualité pour demander qu'un conseil soit nommé pour cause de faiblesse d'esprit (n° 342).

Il suit de là que le ministère public peut provoquer la nomination d'un conseil judiciaire quand il n'y a pas de parents connus (n° 343). S'il y a des parents, le ministère public ne peut pas agir; cela n'est pas logique, car la société est intéressée à ce que le prodigue ne se ruine pas, alors qu'il n'y a que des parents collatéraux, qui ne sont pas tenus de la dette alimentaire.

458. La demande en nomination d'un conseil doit être instruite et jugée de la même manière que la demande en interdiction (art. 514). Il y a une différence quant à la nomination du conseil; il est nommé par le tribunal, de là le nom de conseil judiciaire, tandis que le tuteur est nommé par le conseil de famille. Il n'y a point de raison juridique de cette différence. Comme c'est d'ordinaire un homme de loi qui est nommé conseil, on aura pensé qu'il était naturel d'attribuer la nomination au tribunal. Cela simplifie, en tout cas, la procédure et diminue les frais (n° 348).

459. La mission du conseil est d'assister la personne à qui il a été nommé, dans les actes déterminés par la loi (art. 499, 513). Il y a donc une grande différence entre le conseil et le tuteur; celui-ci représente l'interdit, et il administre ses biens; le conseil ne représente pas le prodigue ou le faible d'esprit, et il n'administre point; il se borne à les *assister*, dans les cas où la loi l'exige. L'assistance implique le concours dans l'acte; *assister* veut dire plus que donner un avis, ou autoriser, ou consentir; ce mot implique que celui qui assiste est *présent* à l'acte juridique fait par l'incapable et y concourt. Un consentement donné par acte séparé ne serait pas une assistance. En fait, on exige l'assistance dans les instances judiciaires, tandis que dans les actes extrajudiciaires on se contente d'un avis. Cela n'est pas logique; la loi ne distingue pas les diverses espèces d'actes, elle ne crée pas

deux assistances; il n'y en a qu'une. On objecte que l'avis donné par acte séparé remplace l'assistance. A notre avis, cela n'est pas exact : dans toute affaire, extrajudiciaire aussi bien que judiciaire, il se présente des incidents que l'on ne peut pas prévoir, il est donc nécessaire que le conseil assiste l'incapableet le guide dans toutes les phases de la transaction (n° 351).

§ III. *De l'incapacité des personnes pourvues d'un conseil.*

Sommaire.

460. La loi ne place pas parmi les incapables les personnes pourvues d'un conseil judiciaire (art. 1124); les tribunaux peuvent seulement leur défendre les actes énumérés par les articles 499 et 513 : plaider, transiger, aliéner, hypothéquer, emprunter, recevoir un capital mobilier et en donner décharge. Quand les prodigues et les faibles d'esprit font un de ces actes, ils doivent être assistés de leur conseil. C'est une incapacité spéciale; or la capacité est la règle, et l'incapacité l'exception; la règle est donc que les prodigues et les faibles d'esprit restent capables de tous les actes de la vie, à l'exception de ceux qui leur sont défendus; dès que l'acte n'est pas compris dans l'exception, il rentre dans la règle; par conséquent, les prodigues et les faibles d'esprit sont capables de le faire (n° 358).

Le conseil n'est pas nommé à la personne; donc les prodigues et les faibles d'esprit peuvent gouverner leur personne comme ils l'entendent. Ils n'ont pas de domicile légal, ils peuvent embrasser telle profession qu'ils jugent convenable, ils peuvent se marier sans l'assistance de leur conseil (n° 369).

Parmi les actes que la loi leur défend, ne figurent point les actes d'administration, sauf le remboursement des capitaux. La loi exige l'assistance du conseil, dans ce cas, pour empêcher les prodigues et les faibles d'esprit de dissiper les deniers qu'ils

touchent, et pour en surveiller l'emploi (n° 368). Ils peuvent faire, sans être assistés, tous les autres actes qui sont réputés actes d'administration (n° 370).

La loi ne leur défend pas de contracter, donc ils sont capables de s'obliger (art. 1124). Mais ce droit est restreint par les incapacités dont ils sont frappés en vertu des articles 499 et 513; ainsi, ne pouvant aliéner ni emprunter, ils ne peuvent s'obliger comme vendeurs ni comme emprunteurs. Les prodigues et les faibles d'esprit ne peuvent s'obliger, sans être assistés, que dans les limites de leur capacité. Il en est ainsi notamment des actes d'administration; capables d'administrer, ils sont aussi capables de s'obliger pour les besoins de leur administration (n° 371).

461. Quand les faibles d'esprit et les prodigues font un acte qui ne leur est pas défendu, ils sont sous l'empire du droit commun et, par conséquent, ils ne peuvent attaquer l'acte que dans les cas où un majeur pourrait l'attaquer. Il en est de même s'ils font, avec l'assistance de leur conseil, un acte qui leur est défendu : assistés, ils cessent d'être incapables; ils sont donc régis par le droit commun. S'ils font, sans l'assistance de leur conseil, un acte qui leur est défendu, l'acte est nul de droit. L'article 502 le dit pour les faibles d'esprit. On pourrait objecter que l'article 513 ne reproduit pas cette disposition pour les prodigues; nous répondons, et la réponse est péremptoire, que l'article 502 n'est que l'application d'un principe général concernant les incapables. Les actes faits par la femme mariée, sans autorisation, sont nuls de droit, parce qu'elle est frappée d'incapacité juridique; cependant la loi ne le dit pas. Les actes passés par l'interdit sont également nuls de droit, parce que le jugement établit une présomption d'incapacité. Le même principe est applicable aux prodigues et aux faibles d'esprit; à partir du jugement qui leur nomme un conseil, ils sont incapables de certains actes; donc s'ils les font, les actes sont nuls de droit (n° 373).

462. Les actes antérieurs à l'interdiction peuvent être annulés si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits (art. 503). Il n'en est pas de même des actes passés par le prodigue et le faible d'esprit avant le jugement qui leur nomme un conseil. L'article 503 ne mentionne que l'interdiction, tandis que l'article 502 met sur la même ligne l'in-

terdit et le faible d'esprit; la limitation de l'article 503 a été inscrite dans la loi, sur la demande du Tribunat, afin qu'il ne restât aucun doute sur la volonté du législateur. Il y a une raison de cette différence que le code établit entre l'interdiction et la mise sous conseil. La démence a une notoriété qui ne s'attache pas à la faiblesse d'esprit ni à la prodigalité. Puis, quand une personne est aliénée, elle est, par cela seul, incapable, tandis que la faiblesse d'esprit et surtout la prodigalité ne sont pas une cause naturelle d'incapacité ; elles ne deviennent une cause d'incapacité qu'en vertu du jugement; or, l'effet ne peut précéder la cause (n° 375).

§ IV. *De la mainlevée du jugement.*

Sommaire.

463. Il faut un nouveau jugement.

463. La défense de procéder sans l'assistance d'un conseil ne peut être levée qu'en observant les formalités prescrites pour la demande (art. 514). C'est le principe que la loi établit en matière d'interdiction (art. 512 et *supra*, n° 453).

CHAPITRE III.

DES ALIÉNÉS NON INTERDITS.

Sommaire.

464. But des lois nouvelles portées en France et en Belgique.
465. Critique du système du code civil.
466. Système de la loi belge. Nomination d'un administrateur provisoire.
467. Fonctions de l'administrateur provisoire.
468. Quel est l'effet de la séquestration quant aux actes passés par l'aliéné?
469. Du droit des héritiers d'attaquer les actes de l'aliéné séquestré.

464. Il y a des lois spéciales sur le régime des aliénés non interdits : en France, la loi du 30 juin 1838, et en Belgique, la loi du 18 juin 1850. Le but de ces lois est de rendre l'interdiction

inutile, dans la plupart des cas où elle aurait dû être prononcée en vertu du code Napoléon. Nous devons donc en exposer les principes essentiels (n° 380).

465. Le code Napoléon ne sauvegardait pas l'intérêt social. L'ordre public demande que les aliénés ne compromettent pas la sûreté des personnes, et ne troublent pas la tranquillité par leurs extravagances. Il faut pour cela que l'aliéné soit séquestré. Le code exige l'intervention de l'autorité judiciaire ; mais en attendant que le jugement fût porté, que devenait l'aliéné? On le mettait en prison ! Le plus souvent, on le séquestrait, sans recourir à la justice. Sur 613 aliénés qui se trouvaient, en 1837, à l'hospice de Bicêtre, 19 seulement étaient interdits, donc près de 600 aliénés avaient été séquestrés sans garantie aucune pour leur liberté. L'aliéné ne jouissait même d'aucune protection pour le plus grand de ses intérêts, sa guérison. Cela est d'évidence pour ceux que l'on commençait par mettre en prison : c'était exaspérer les malheureux et les rendre furieux. Les longues procédures de la justice leur étaient également nuisibles ; les médecins s'accordent à dire que le seul moyen de guérir les aliénés, c'est de les isoler. Légalement, on ne pouvait pas même colloquer dans un hospice les aliénés dont la folie n'était pas habituelle.

Les intérêts pécuniaires des aliénés n'étaient pas même sauvegardés. C'était le but de l'interdiction, mais il fallait pour cela que la démence fût habituelle ; les autres aliénés conservaient l'exercice de leurs droits ; il fallait attendre qu'ils se fussent ruinés par des actes de folie, pour en demander la nullité, et le plus souvent la preuve que la folie existait lors du contrat était impossible (n°s 381-383).

466. Le premier soin du législateur français, et, à la suite, du législateur belge, a été de créer des établissements spéciaux où les aliénés fussent traités selon les exigences de la science. C'est un bienfait immense, qui témoigne pour l'esprit de charité et d'humanité de la société moderne. La bienfaisance ne suffit point, la loi a dû veiller aussi à la liberté, le premier bien de l'homme. Sur ces points nous renvoyons aux textes, cette matière étant étrangère à un traité de droit civil (n°s 478-488). Nous n'avons à nous occuper que de l'administration des biens qui appartiennent à l'aliéné colloqué.

La loi imite ce qui se fait en matière de tutelle. Si l'aliéné a des biens, le tribunal lui nomme un administrateur provisoire sur la demande des parents, du conjoint, du ministère public ou de la commission administrative des hospices (n° 390). On le nomme *provisoire*, parce que la position de l'aliéné dont il gère les intérêts est provisoire. C'est un malade qu'on place dans une maison de santé, parce qu'on espère sa guérison ; tant qu'il est séquestré, on pourvoit à l'administration de ses biens. Voilà pourquoi les fonctions de l'administrateur ne durent que trois ans, et elles cessent de plein droit quand l'aliéné sort de l'établissement. L'aliéné colloqué n'est pas incapable ; il reprend donc de droit la gestion de ses biens (nos 390-392). Quand même l'aliéné n'aurait pas de biens, la loi veut qu'il lui soit nommé un administrateur provisoire, qui veille à ce qu'il soit rendu à la liberté dès qu'il sera guéri (n° 393).

467. L'administrateur provisoire est chargé d'administrer de même que le tuteur, mais il y a une différence essentielle quant à l'étendue des pouvoirs. Le tuteur représente l'interdit dans tous les actes civils, parce que l'interdit est un incapable. Il n'en est pas de même de l'administrateur provisoire : l'aliéné n'étant pas incapable, il n'y a pas lieu de le représenter. Par suite, le tuteur administre librement et il peut faire tous les actes qui intéressent l'interdit, en remplissant les formalités prescrites par la loi, tandis que l'administrateur provisoire ne peut, en principe, faire que des actes provisoires ; ainsi il ne peut passer que des baux de trois ans ; le tuteur a le droit d'intenter des actions mobilières, l'administrateur ne le peut qu'avec l'autorisation du président. S'agit-il d'actes de disposition, l'administrateur provisoire est sans qualité, et les tribunaux n'ont pas le droit de les autoriser ; il n'y a qu'un moyen légal d'y procéder, c'est que l'aliéné soit interdit et placé sous tutelle. En définitive, l'administrateur n'a d'autres pouvoirs que ceux que la loi lui accorde expressément (nos 394 et 395).

468. Quel est l'effet de la séquestration, quant aux actes faits par l'aliéné ? L'article 34 porte que ces actes pourront être attaqués pour cause de démence ; ils ne sont donc pas nuls de droit comme ceux que l'interdit passe postérieurement à l'interdiction. La raison de cette différence est qu'en cas d'interdiction

il y a un jugement qui constate la démence, et de ce jugement résulte une présomption légale d'incapacité, tandis que la démence de l'aliéné séquestré est seulement établie par les médecins; il ne peut donc être question d'une présomption d'incapacité, car il n'y a pas de présomption de droit sans loi. De là suit que si la nullité d'un acte passé par un aliéné séquestré est demandée, celui qui l'attaque doit prouver la démence; car tel est le fondement de sa demande. A quel moment la démence doit-elle exister? Lors du contrat, car le demandeur doit prouver que l'aliéné était incapable de consentir. C'est le droit commun, et l'aliéné séquestré reste sous l'empire du droit commun, parce qu'il n'est pas frappé d'incapacité par sa séquestration (n° 398).

La loi déroge cependant en un point au droit commun, mais la dérogation est peu logique. Elle considère comme nul l'acte passé par l'aliéné; en réalité, l'acte est inexistant, puisque le demandeur doit prouver que la démence existait lors du contrat. La loi applique donc à un acte inexistant les principes qui régissent l'acte nul. De là doute et controverse sur le sens de la loi (n° 400).

469. L'article 504 défend aux héritiers d'attaquer pour cause de démence les actes faits par une personne non interdite, à moins que l'interdiction n'ait été provoquée avant son décès ou que la preuve de la démence ne résulte de l'acte même qui est attaqué. Cette disposition n est pas applicable à l'aliéné séquestré; le texte même de la loi (article 34) le prouve, puisqu'il règle le cours de la prescription, quand ce sont les héritiers qui attaquent l'acte. La prescription est de dix ans, conformément à l'article 1304, mais les dix ans ne commencent à courir à leur égard qu'à dater de la signification qui leur est faite de l'acte ou de la connaissance qu'ils en auraient eue depuis la mort de leur auteur. En ce point la loi de 1850 déroge au code civil; la signification remplace l'interdiction; on ne peut reprocher aux héritiers de n'avoir pas provoqué l'interdiction, puisque la loi ne désire pas qu'ils le fassent. On ne peut pas dire non plus qu'après la mort de l'aliéné, il devient impossible de prouver l'aliénation mentale, car le fait de la séquestration est déjà une preuve, et elle peut être complétée par le témoignage du médecin et des gardiens Il n'y avait donc aucun motif de maintenir la disposition exceptionnelle de l'article 504 (n° 405).

LIVRE II.

DES BIENS ET DES DIFFÉRENTES MODIFICATIONS DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE I.

DE LA DISTINCTION DES BIENS.

CHAPITRE PREMIER.

DES IMMEUBLES.

Sommaire.

470. Classification.

470. L'article 516 porte que tous les biens sont meubles ou immeubles. Nous dirons quelle est l'importance de cette classification quand nous aurons exposé les principes qui la régissent. Le code civil distingue trois sortes d'immeubles : les biens sont immeubles, dit l'article 517, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.

§ I. *Des immeubles par leur nature.*

Sommaire.

471. Le sol est la seule chose qui soit immeuble par sa nature.
472. Des choses qui sont immeubles par incorporation. En quel sens sont-elles immeubles?
473. Des bâtiments et moulins. Des tuyaux. Des voies ferrées.
474. Des récoltes, des fruits et des arbres.
475. Quand l'incorporation cesse, les choses qui étaient immeubles deviennent meubles.

471. Sont immeubles par leur nature, d'abord, le sol, puis les choses que l'homme ou la nature ont incorporées au sol, les

constructions et les plantations. Il ne faut pas confondre ces deux sortes d'immeubles, elles sont régies par des principes différents. A vrai dire, le sol est la seule chose que la nature ait faite immeuble, car il ne peut jamais cesser de l'être, on n'en conçoit pas la mobilisation. Nous allons voir qu'il n'en est pas de même des immeubles par incorporation (n° 406).

472. Le code qualifie encore d'immeubles par leur nature les bâtiments, les moulins fixes sur piliers ou faisant partie du bâtiment, les récoltes pendantes par les racines, les fruits des arbres non encore recueillis, ainsi que les coupes de bois (art. 518-521). Cette théorie n'est pas exacte. Les bâtiments et les moulins sont une réunion de matériaux qui, par leur nature, sont meubles. Quant aux fruits pendants par branches ou par racines, si la nature les attache au sol, elle les en détache aussi ; il y en a que la nature détache à la lettre, puisqu'ils tombent à leur maturité; les autres sont destinés à être séparés du sol qui les a nourris. Toutes ces choses sont donc meubles par leur nature; en quel sens deviennent-elles immeubles, et pourquoi le code les met-il sur la même ligne que le sol?

Tant que les fruits ne sont pas mûrs, ils ne se conçoivent pas sans le sol auquel le Créateur les a attachés pour qu'ils y puisent leur nourriture; ils font donc corps avec le sol, sans lequel ils cesseraient d'exister. Ne faisant qu'un avec le sol, les fruits doivent avoir la même nature que le sol; donc ils sont immeubles. Mais la nature ne les identifie avec le sol que pendant un certain temps, le temps nécessaire pour qu'ils mûrissent; dès que les fruits sont mûrs, ils se détachent eux-mêmes du sol, ou ils en sont détachés, et par suite, ils deviennent meubles. Grande est donc la différence entre le sol et les fruits qu'il nourrit. Le sol est et il reste immeuble, tandis que les fruits ne sont immeubles que par ce qu'ils sont attachés au sol; ils deviennent meubles dès qu'ils en sont détachés. Il y a plus; dès qu'ils font l'objet d'un contrat qui les considère comme devant être détachés du sol, ils perdent leur qualité d'immeubles, car la qualité d'immeubles des fruits et leur séparation du sol sont des idées incompatibles. De là suit que la vente de fruits pendants par branches ou par racines est une vente mobilière (n° 408).

Il en est de même des bâtiments; ils sont attachés au sol par

la main de l'homme; le code les appelle donc improprement immeubles par leur *nature*. C'est par analogie que la loi assimile les constructions aux plantations; l'homme fait pour les unes ce que la nature fait pour les autres. Il y a une espèce de fiction dans cette immobilisation; elle se fonde sur l'incorporation des matériaux au sol; étant incorporés, les matériaux s'identifient avec le sol, en ce sens qu'ils ne font qu'un avec le sol, ils participent de sa nature et deviennent immeubles comme lui. Mais si les matériaux deviennent immeubles, ils ne le sont pas, ils ne le deviennent que par leur incorporation. Du moment qu'ils sont détachés du sol, ou considérés comme devant en être détachés, la fiction n'a plus de raison d'être, et par suite les matériaux reprennent leur nature véritable, qui est mobilière. De là suit que la vente d'une maison pour être démolie est une vente mobilière (n° 408).

473. Qu'entend-on par bâtiments? Le principe est que tout ce qui est attaché au sol, de manière à faire corps avec lui, est immeuble par nature; donc toutes les dépendances d'un bâtiment sont immeubles. Tels sont les tuyaux; l'article 523 porte : « Les tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage sont immeubles et font partie du fonds auquel ils sont attachés. » La fin de l'article indique le motif et le caractère de l'immobilisation; dès que les tuyaux font partie du fonds auquel la main de l'homme les a attachés, ils sont immeubles, comme dépendance du bâtiment.

L'article 519 applique le principe aux moulins : « Les moulins à vent ou à eau, fixes sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature ». Quand ils sont fixes sur piliers, ils sont incorporés au sol, donc immeubles ; quand ils font partie du bâtiment, ils en sont une dépendance, et par suite, ils participent de sa nature. Il suit de là que la conjonctive *et* est employée pour la disjonctive *ou*. L'article 531 le prouve, car il exige deux conditions pour qu'un moulin soit meuble : 1° qu'il ne soit pas fixé par des piliers; 2° qu'il ne fasse pas partie de la maison, d'où suit que le moulin est immeuble dès qu'il est fixé sur piliers, ou qu'il fait partie du bâtiment (n° 409).

Par application du même principe, il faut décider que les chemins de fer sont immeubles par leur nature; la voie ferrée est

attachée au sol et fait corps avec lui, donc elle est immeuble (n° 410). Par contre, les boutiques construites pour une foire sont meubles, parce qu'elles ne font pas corps avec le sol (n° 411).

474. « Les récoltes pendantes par racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles » (art. 520); il faut ajouter *par nature;* la loi l'indique par le mot *pareillement*, lequel se rapporte aux deux articles précédents, où le code parle des biens qui sont immeubles par leur nature. La loi ne parle pas des arbres; le motif pour lequel les récoltes sont immeubles s'applique identiquement aux arbres; les racines les attachent au sol qui les nourrit, et hors duquel ils périraient; ils se confondent avec le sol et prennent sa nature immobilière. L'article 521 le dit implicitement en disposant que les coupes de bois ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus, et l'article 520 tire une conséquence du principe en déclarant que les fruits des arbres sont immeubles, comme étant une dépendance de l'arbre et par suite du sol (n° 419).

475. Les choses qui sont immeubles par incorporation au sol deviennent meubles quand elles sont détachées du sol : la cause cessant, l'effet doit cesser. Quand un bâtiment est démoli, les matériaux provenant de la démolition sont meubles (art. 532). L'article 520, après avoir dit que les fruits pendants par branches ou par racines sont immeubles, ajoute : « Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble ». Cela est d'évidence; si le législateur le dit, c'est qu'il a dérogé à l'ancien droit. Les coutumes réputaient les récoltes et les fruits meubles à partir de leur maturité; cela était logique, mais il y avait quelque difficulté à fixer l'époque de la maturité, puisqu'elle varie d'après les climats et les accidents de la température; le code, en s'attachant au fait matériel de la séparation, prévient toute contestation (n° 423).

L'article 521 applique le même principe aux arbres : « Les coupes ordinaires des bois taillis ou de futaies mises en coupes réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. » C'est la répétition, assez inutile, de l'article 520. Il pouvait y avoir doute au point de vue des anciens

principes; on aurait pu dire que les bois taillis deviennent meubles au moment où ils doivent être taillés, et les futaies lorsque la coupe doit être faite d'après l'aménagement; le code prévient ce doute, qui ne pouvait plus se présenter sous l'empire des principes nouveaux. C'est la raison pour laquelle la loi ne parle pas des hautes futaies, qui d'ordinaire ne sont pas mises en coupes réglées; le doute pour ces bois ne pouvait pas se présenter, même sous l'ancien droit (n° 424).

§ II. *Des biens immeubles par destination.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

Sommaire.

476. Quand y a-t-il immobilisation par destination?
477. Qui peut immobiliser et sous quelle condition?

476. La loi permet, dans deux cas, au propriétaire d'un fonds d'immobiliser les objets mobiliers qu'il y place. D'abord quand c'est un fonds agricole ou industriel, les objets mobiliers qu'il y place pour le service de l'exploitation du fonds deviennent immeubles par destination (art. 524 et 525). Le propriétaire peut aussi, quelle que soit la nature du fonds, immobiliser les effets mobiliers qu'il y place, en les attachant au fonds à perpétuelle demeure. Dans l'un et l'autre cas, il y a immobilisation par *destination*. Ce mot ne signifie pas qu'il dépende de la volonté seule du propriétaire d'immobiliser des objets mobiliers. La loi ne pouvait pas permettre à l'homme de changer la nature des choses au gré de ses caprices, et de les soumettre, par suite, à des principes différents; l'immobilisation ne peut se faire que sous les conditions qu'elle détermine.

Quand le propriétaire d'un fonds agricole ou industriel y place des objets mobiliers pour le service et l'exploitation du fonds, ils deviennent immeubles dans l'intérêt de l'agriculture ou de l'industrie. S'ils conservaient leur nature mobilière, les créanciers personnels du propriétaire pourraient les saisir séparément du fonds et les faire vendre. Il en résulterait que l'exploitation agri-

cole ou industrielle deviendrait impossible, au préjudice de la société, et au préjudice du propriétaire. L'immobilisation prévient cet inconvénient; les immeubles par destination ne peuvent être saisis qu'avec le fonds (c. de pr., art. 592, 1°); de cette manière, l'exploitation du fonds est toujours assurée.

L'immobilisation par perpétuelle demeure est aussi soumise à des conditions dans l'intérêt des tiers. C'est pour orner son fonds que le propriétaire y place des glaces, des tableaux, des statues. Il y a des créanciers qui traitent avec le débiteur sur la foi de sa richesse mobilière; d'autres stipulent des garanties hypothécaires; les uns et les autres sont intéressés à savoir si les objets mobiliers placés sur un fonds conservent leur nature ou deviennent immeubles. Il fallait donc régler les conditions sous lesquelles l'immobilisation peut se faire; nous dirons plus loin qu'elles sont réglées de façon qu'à première vue les tiers puissent s'assurer de la nature mobilière ou immobilière des objets qui doivent leur servir de gage (n° 433).

477. Qui peut immobiliser des objets mobiliers par la destination qu'il leur donne? Tout possesseur du fonds n'a pas ce droit, il faut être propriétaire (art. 524 et 525). Quand l'immobilisation se fait par perpétuelle demeure, il est d'évidence que le propriétaire seul a le pouvoir d'immobiliser, puisque lui seul a un droit perpétuel sur le fonds; le détenteur temporaire ne peut pas agir dans un esprit de perpétuité. Quand l'immobilisation se fait par destination agricole ou industrielle, il n'est pas question d'un service perpétuel, le service peut être temporaire, et néanmoins le propriétaire seul a le pouvoir d'immobiliser; la raison en est que l'immobilisation se fait dans l'intérêt de l'agriculture et de l'industrie; or le détenteur temporaire, précaire, n'a point qualité de représenter l'industrie et l'agriculture, il agit dans son intérêt particulier, le propriétaire seul agit dans l'intérêt du fonds agricole ou industriel (n° 434).

Il suit de là que les objets mobiliers qu'un locataire ou un fermier place sur un fonds agricole ou industriel ne deviennent pas immeubles par destination (n° 437). Il en serait autrement si le propriétaire livrait au locataire ou au fermier les objets nécessaires à l'exploitation d'un fonds industriel ou agricole; c'est le propriétaire qui, dans ce cas, place les effets mobiliers

sur le fonds; donc il doit y avoir immobilisation (n° 436).

Tous les objets placés par un propriétaire sur le fonds ne deviennent pas immeubles par destination; il faut qu'ils y soient attachés pour le service et l'exploitation du fonds, c'est-à-dire qu'ils soient nécessaires pour la culture du fonds ou le roulement de l'usine (art. 524). Ce principe résulte du motif sur lequel l'immobilisation est fondée. C'est l'agriculture ou l'industrie qui immobilise; il faut donc que les effets mobiliers soient nécessaires dans l'intérêt d'une bonne exploitation. Celui qui prétend qu'il y a immobilisation doit faire la preuve de la nécessité, sauf dans le cas où les objets auraient été livrés au preneur en vertu du bail; la convention prouve alors la nécessité, puisqu'on ne peut pas supposer que le bailleur livre au preneur et que celui-ci accepte des effets mobiliers inutiles à son exploitation (n°s 439 et 444).

N° 1. DE L'IMMOBILISATION AGRICOLE ET INDUSTRIELLE.

Sommaire.

478. L'article 524, après avoir défini les immeubles par destination, ajoute : « Ainsi sont immeubles par destination, les animaux, etc. » Suit l'énumération des objets les plus usuels qui deviennent immeubles par destination. Ce sont des exemples, qui servent au juge de direction dans les cas non prévus (n° 442) :

1° « Les animaux attachés à la culture. » On entend par là les animaux qui servent aux travaux agricoles, puis les bestiaux attachés à un fonds pour procurer les engrais nécessaires à l'amendement des terres, tels que les troupeaux de moutons attachés à des landes ou à des bruyères pour les fertiliser (art. 443). Pour que les animaux deviennent immeubles, il faut qu'ils soient nécessaires à la culture; ceux qui servent à la personne restent meubles. Tels sont les chevaux de luxe; il n'y a aucune raison de les immobiliser. Il en est de même des animaux qui se trouveraient sur le fonds, sans être nécessaires à la culture, quand même on les emploierait.

Quant aux animaux que le propriétaire livre au fermier pour la culture, l'article 522 porte qu'ils sont immeubles tant qu'ils demeurent attachés au fonds par l'effet de la convention. Nous en avons déjà dit la raison (*supra,* nº 477). Il y a présomption, dans ce cas, que les animaux sont nécessaires à la culture, sauf à la partie intéressée à prouver qu'il y a des animaux livrés au fermier qui ne lui sont pas nécessaires. L'article 522 dit : *estimés ou non;* cela veut dire que l'estimation ne vaut pas vente, parce que le bailleur a intérêt à rester propriétaire, afin que les animaux immobilisés ne puissent pas être saisis par les créanciers; or, l'estimation, comme nous le dirons ailleurs, ne vaut vente que lorsque les parties contractantes ont intérêt à ce qu'elle soit considérée comme telle.

Ce que nous disons du fermier s'applique aussi au métayer, c'est-à-dire à celui qui cultive, en remettant au bailleur une quote-part des fruits, à titre de fermage (art. 522).

Si le propriétaire donne des animaux à cheptel à d'autres qu'au fermier ou métayer, ils restent meubles. Ce contrat est étranger à l'agriculture, en ce sens que les animaux qui en forment l'objet ne sont pas attachés à un fonds agricole; le cheptel a seulement pour objet de garder, de nourrir et de soigner les animaux (art. 1800), (nº 446);

2º Les ruches à miel, parce qu'elles font partie de l'exploitation agricole (nº 448);

3º Les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs. Ce n'est pas, comme on le dit, parce qu'ils sont l'accessoire du fonds; l'immobilisation de l'article 524 est fondée sur l'intérêt de l'agriculture. Si donc les animaux sont sous la main de l'homme, ils ne deviennent pas immeubles, parce qu'ils ne sont pas attachés à un fonds agricole. Il en est ainsi des lapins qui se trouvent dans les clapiers, des pigeons que l'on tient dans des volières et des poissons qui sont dans un vivier (nº 450);

4º Les ustensiles aratoires, c'est-à-dire tout ce qui sert à la culture. C'est par la même raison que le code déclare immeubles par destination « les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes » (art. 524);

5º Les semences, soit que le propriétaire cultive, soit qu'il donne le fonds à bail. Sans semences, la culture est impossible,

on doit donc prélever chaque année sur la récolte les grains nécessaires pour ensemencer les terres. En ce sens on peut dire que les semences sont destinées au service et à l'exploitation du fonds (nº 455);

6° Les pailles et engrais; les pailles sont destinées à être converties en engrais, et les engrais de toute nature sont immeubles, parce qu'ils sont nécessaires à la culture du fonds. Si les pailles et engrais étaient destinés à être vendus, ils seraient meubles, puisqu'ils serviraient non à la culture du fonds, mais à un commerce (nºs 458 et 459).

479. Les principes qui régissent l'immobilisation agricole s'appliquent aussi à l'immobilisation industrielle. Il faut que les objets mobiliers soient placés sur un fonds industriel pour le service et l'exploitation de ce fonds. Si les objets ne sont pas attachés au service d'un fonds, ils conservent leur nature mobilière. Les machines qui serviraient à un ouvrier occupant un appartement restent meubles (nº 460). Mais dès que les objets mobiliers sont destinés à l'exploitation d'un fonds, il y a immobilisation, bien entendu si c'est le propriétaire qui les y a placés, et s'ils sont nécessaires au service du fonds. Il faut donc prendre les mots *industrie* et *fonds industriel* dans leur plus large acception : tel serait un établissement commercial, un hôtel, par exemple, aménagé pour cette destination spéciale (nº 463).

L'article 524 ne mentionne que les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines. Il va sans dire que le principe s'applique aux puissantes machines qui font mouvoir nos filatures de coton et de lin, aux métiers qui y sont attachés et aux mécaniques de toute espèce que l'on invente journellement. Ce qui préoccupe le plus le législateur, c'est l'intérêt de l'agriculture; dans les travaux préparatoires, il n'est pas même question de l'industrie. Mais le principe est identique (nº 433).

Nº 2. DE LA PERPÉTUELLE DEMEURE.

Sommaire.

480. « Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure » (art. 524). L'article 525 détermine les conditions auxquelles est soumise cette immobilisation. Ce sont des moyens extérieurs qui frappent les regards, de manière que les tiers peuvent savoir à vue d'œil si les objets placés sur un fonds sont immobilisés. La loi commence par déterminer les caractères généraux de la perpétuelle demeure : « Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés, ou sans briser et détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. » On demande si cette définition est restrictive. La négative est certaine; tout ce que la loi exige, c'est qu'il y ait une marque extérieure de la volonté du propriétaire d'immobiliser certains objets en les attachant à perpétuité à son fonds. C'est au juge de décider s'il y a marque suffisante de cette volonté.

Après cette définition générale de la perpétuelle demeure, le code contient des dispositions particulières concernant les objets les plus précieux : « Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Il en est de même des tableaux et autres ornements. Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration. » Ces définitions sont restrictives, à notre avis. Elles n'ont de raison d'être que si elles sont restrictives : à quoi bon définir particulièrement les conditions de l'immobilisation, s'il y a mille autres moyens d'immobiliser les glaces, tableaux et statues? L'esprit de la loi est en ce sens. On voit par l'Exposé des motifs que les auteurs du code ont voulu établir une règle *précise*, ce qui implique une disposition restrictive. Leur but

était de *tarir la source des procès* dont les tribunaux retentissaient, parce qu'il n'y avait pas de règle certaine; donc le juge doit être lié par cette règle, sinon les procès renaîtraient. C'est dans l'intérêt des tiers que la loi a défini l'immobilisation des effets mobiliers les plus précieux; les créanciers seraient trompés, leurs intérêts seraient du moins compromis s'ils n'avaient pas un moyen de s'assurer que les effets sur la valeur desquels ils comptent sont immobilisés (n° 469).

§ III. *Des biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent.*

Sommaire.

481. Quels biens sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent?
482. Quels droits réels sont immobiliers?
483. Quelles actions sont immobilières?
484. Suffit-il qu'une action tende à mettre un immeuble en la possession du demandeur pour qu'elle soit immobilière? ou faut-il qu'elle tende à lui en donner la propriété?

481. L'article 526 porte : « Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, l'usufruit des choses immobilières, les servitudes et les actions qui tendent à revendiquer un immeuble. » Tous ces immeubles sont compris sous le nom de droits. Par leur nature, les droits ne sont ni meubles ni immeubles, car ils n'ont pas de corps, et il n'y a que les choses corporelles qui puissent être rangées parmi les meubles et les immeubles. On ne peut pas dire des droits mobiliers qu'ils sont transportables d'un lieu à un autre, comme la loi le dit des *meubles* (art. 528), ni des droits immobiliers qu'ils ne peuvent changer de lieu. Pourquoi donc le code range-t-il les droits parmi les meubles et les immeubles? Parce que les biens sont régis par des principes différents, selon qu'ils sont meubles ou immeubles. En ce sens l'article 516 dit : « *Tous* les biens sont meubles ou immeubles. » Il fallait, par conséquent, faire entrer les droits dans cette classification. Ainsi, les meubles entrent en communauté, tandis que les immeubles en sont exclus. Les droits y entrent-ils ou restent-ils propres aux époux? On doit le savoir, partant la loi a dû classer les droits parmi les meubles ou les immeubles (n° 483).

482. Le code range d'abord parmi les immeubles deux droits réels immobiliers, l'usufruit et les servitudes. Il aurait dû men-

tionner en premier lieu la propriété d'un immeuble, puisque la propriété est le plus considérable des droits réels, celui qui les comprend tous. Puis, il faut ajouter le droit d'habitation, l'usage quand il porte sur un immeuble, l'emphytéose et la superficie, enfin, d'après la loi hypothécaire belge, l'hypothèque. Tout démembrement de la propriété d'un immeuble est un droit réel immobilier; les droits réels ont la même nature que la propriété dont ils sont un démembrement. On peut être détenteur d'un immeuble et avoir le droit d'en jouir, sans avoir de droit dans la chose : tels sont les locataires et fermiers : ils n'ont qu'un droit de créance contre le bailleur, et ce droit est mobilier (n°s 484-486).

483. En second lieu, sont immeubles les actions immobilières. On entend par action, la réclamation d'un droit en justice. En ce sens l'action ne diffère pas du droit. Le demandeur n'a pas deux droits, un droit antérieur à la demande portée devant les tribunaux, et un droit qui naît de la demande; il n'en a qu'un seul : l'action n'est qu'un moyen de faire reconnaître le droit et d'en assurer l'exécution. En définitive, l'action se confond avec le droit, on se sert indifféremment des deux termes pour exprimer la même idée; parfois le code les emploie cumulativement par pléonasme (art. 1166, 1250, 1°).

L'action n'étant autre chose que le droit réclamé en justice prend la nature du droit qui fait l'objet de la demande: le droit est-il immobilier, l'action est immobilière, tandis que l'action est mobilière quand le droit est mobilier. L'article 526, qui définit les actions immobilières, ne parle que des actions qui tendent à *revendiquer* un immeuble. La rédaction est incorrecte. Peut-être les auteurs du code ont-ils voulu traduire le vieil adage : *Actio quæ tendit ad immobile est immobilis.* Mais ils ont employé une mauvaise expression en se servant du mot *revendiquer*. Ce mot ne se dit que de l'exercice du droit de propriété. Il y a d'autres droits immobiliers, ce sont ceux auxquels s'applique l'adage traditionnel : le droit tend-il à mettre un immeuble dans les mains de celui qui l'exerce, il est immobilier et par suite l'action est immobilière. Telle est l'action en résolution d'une vente immobilière. Le demandeur n'est pas propriétaire, donc son action ne tend pas, comme le dit l'article 526, à revendiquer un immeuble;

le droit tend à résoudre la vente et à faire rentrer l'immeuble dans les mains du demandeur; on peut donc dire avec le viei adage, si le droit est exercé en justice, que l'action tend à une chose immobilière, partant elle est immobilière (nos 487 et 488).

484. L'application du principe soulève une difficulté : suffit-il qu'une action tende à mettre un immeuble en la possession du demandeur pour qu'elle soit immobilière? ou faut-il qu'elle tende à lui en donner la propriété? Par exemple, l'action en délivrance d'une chose vendue, donnée ou léguée, est-elle immobilière? On la considère généralement comme telle. A notre avis, elle est mobilière. L'article 526 reproduit l'adage traditionnel: *Actio est immobilis quando tendit ad immobile.* Pothier l'applique à la vente, parce que dans l'ancien droit le contrat ne transférait pas la propriété : l'action en délivrance tendait par conséquent à transférer la propriété de la chose à l'acheteur; en ce sens, elle était immobilière. On entendait donc par action immobilière celle qui tend à mettre un immeuble dans le domaine du demandeur. Par suite, l'action de l'acheteur, du donataire et du légatairen'est plus immobilière, dans notre droit moderne, car ils sont propriétaires au moment où ils agissent; leur action tend uniquement à la détention de l'immeuble : le vendeur n'est plus obligé à *donner*, il est seulement tenu de faire. Son obligation étant mobilière, le droit de l'acheteur aussi est mobilier (n 490).

Cela suppose que le contrat a pour objet un immeuble déterminé. Si l'immeuble est indéterminé, la propriété ne se transfère pas lors de la vente; l'action de l'acheteur contre le vendeur tend, dans ce cas, à lui faire acquérir la propriété d'un immeuble. C'est l'hypothèse de l'ancien droit; il faut donc dire que l'action est immobilière. Telle serait la vente faite sous alternative d'un immeuble ou d'objets mobiliers, le choix étant donné à l'acheteur.

Doit-on ranger parmi les actions immobilières celles qui ont pour objet un fait, quand la créance consiste dans l'obligation de bâtir une maison? Il faut voir quel est l'objet direct de l'action. Or, le créancier qui agit contre l'architecte ne lui demande pas un immeuble, il demande qu'il soit tenu de bâtir, c'est-à-dire de fournir les objets mobiliers nécessaires à la construction et de les employer. Quand les matériaux seront employés, ils formeront un immeuble par incorporation. Mais ceci n'est pas le fait

de l'architecte, c'est le fait de la loi. Puisque l'architecte ne s'oblige pas à transférer la propriété d'un immeuble, le droit du créancier ne saurait être immobilier. En ce sens, l'action qui a pour objet un fait, est mobilière (nº 495).

CHAPITRE II.

DES MEUBLES.

Sommaire.

485. Classification.
486. Des biens meubles par leur nature.
487. Des droits réels mobiliers.
488. Des droits personnels mobiliers. *Quid* de la dette d'un objet mobilier?
489. Des actions et intérêts dans une société.
490. Des ventes.
491. Définitions des articles 533-536.

485. L'article 527 porte que les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi. Ces derniers sont les droits mobiliers : l'expression est plus exacte que celle dont la loi se sert pour désigner les droits immobiliers. Les droits ne sont pas meubles ou immeubles par eux-mêmes ; ils ne sont réputés tels que par une fiction, et il n'appartient qu'à la loi de créer des fictions. Tout droit est donc mobilier ou immobilier, en vertu de la détermination de la loi (nº 497).

486. L'article 528 définit les biens qui sont meubles par leur nature : « Sont tels, les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées. » La loi applique ce principe aux matériaux provenant de la démolition d'un édifice, et à ceux qui sont assemblés pour en construire un nouveau ; ils sont meubles jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction (art. 532). L'intention d'employer des matériaux à construire ou à reconstruire ne suffit point pour les immobiliser, comme on l'admettait dans l'ancien droit : cette intention serait trop difficile à constater.

La loi applique encore le principe aux bateaux, bacs, navires,

moulins et bains sur bateaux; et « généralement, dit l'article 531, toutes usines non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles. » Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 473) des moulins. L'article 531 ajoute : « La saisie de quelques-uns de ces objets peut cependant, à cause de leur importance, être soumise à des formes particulières, ainsi qu'il sera expliqué dans le code de la procédure civile. » La raison en est que la loi veut donner une grande publicité à la vente forcée, pour que la chose soit vendue à son véritable prix, ce qui est dans l'intérêt des créanciers aussi bien que des débiteurs (n° 498). Quant aux formes, nous renvoyons au code de procédure (art. 620, 643 et suiv.).

487. Le code ne parle pas des droits réels mobiliers. Il est évident que si les droits réels qui s'exercent dans un immeuble sont immobiliers, ceux qui s'exercent dans un meuble doivent être mobiliers. Ainsi la propriété d'une chose mobilière, de même que l'usufruit d'un meuble, sont des droits mobiliers. Il en est de même des priviléges qui grèvent les meubles (n° 499).

488. Sont encore mobiliers les droits qui ont pour objet des effets mobiliers (art. 529), c'est-à-dire ceux qui tendent à mettre un meuble entre les mains du créancier. Tels sont les droits qui ont pour objet une somme d'argent. Le code ajoute *exigible*. Ce mot est de trop. Dans l'ancien droit, on considérait comme immobilières les *rentes* dont le *capital* n'était *pas exigible;* nous dirons plus loin que dans notre droit moderne toutes les rentes sont mobilières; de sorte qu'il n'y a plus à distinguer entre les dettes de sommes exigibles et non exigibles.

L'article 529 mentionne encore les obligations et actions. Quant à l'action, il faut appliquer ce que nous avons dit des immeubles (n° 483) : l'action se confond avec le droit. Le mot *obligations* est synonyme de dettes; on l'interprète généralement, dans l'article 529, comme synonyme de *créances*. Les *dettes* ou *obligations* ont les mêmes caractères que les *droits;* elles sont mobilières ou immobilières quand le droit du créancier est mobilier ou immobilier; de là suit qu'une dette qui a pour objet de transférer la propriété d'un meuble est mobilière, et elle est immobilière quand elle a pour objet la translation de la propriété d'un immeuble. Nous reviendrons sur ce point (n° 500).

439. L'article 529 déclare meubles les *actions* et *intérêts* dans une société. On entend ici par *action* le droit d'un associé dans une société dont il est membre, c'est-à-dire son droit dans les bénéfices qu'elle réalise pendant qu'elle existe, et le droit qu'il a dans le fonds social lorsqu'elle se dissout. Dans ce sens général, le mot *action* est synonyme d'*intérêt*. Dans le langage commercial, on distingue entre l'*intérêt* et l'*action;* cette distinction étant étrangère à la nature des droits, il est inutile de nous y arrêter (nº 502).

L'article 529 ajoute : « encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. » Cela ne souffre aucun doute, tant que dure la société : le droit de l'associé est mobilier puisqu'il a pour objet sa part dans les bénéfices, c'est-à-dire une somme d'argent. Quand la société se dissout, le droit des associés dans l'actif social est également mobilier, quand même la société posséderait des immeubles. D'après la rigueur des principes, on devrait dire que la nature du droit dépend du partage qui est déclaratif de propriété, de sorte que le droit de l'associé serait immobilier si des immeubles étaient mis dans son lot. Le code n'admet pas cette doctrine, qui scinderait le droit de l'associé, de sorte qu'un seul et même droit serait mobilier pendant la durée de la société, et immobilier après sa dissolution. L'associé n'a pas deux droits, il n'en a qu'un, c'est son action ou son intérêt. Ce droit peut aboutir à donner un immeuble à l'associé, mais ce n'est pas là le but que les associés ont en contractant, ils n'ont en vue que de prendre part aux bénéfices que la société fera, donc leur droit est essentiellement mobilier. Quant aux immeubles, ils sont des accessoires de la société et des instruments de l'entreprise, et la qualité d'une chose se détermine par la considération de son objet principal.

L'article 529 porte que les actions ou intérêts sont réputés meubles *tant que dure la société*. Ces derniers mots ont été ajoutés pour prévenir un doute. « On pouvait abuser du principe, dit l'Exposé des motifs, pour prétendre que les immeubles auxquels les actions donnent droit doivent, même après la dissolution de la société, être réputés de la même nature que les actions; pour prévenir cette fausse conséquence, on a exprimé que la *fiction* ne durait qu'autant que la société. » C'est le droit dans le fonds social qui est réputé meuble par une fiction, bien que l'associé ait

un droit éventuel dans les immeubles qui dépendent de l'entreprise. Cette fiction cesse quand le fonds social est partagé ; il est certain que les immeubles tombés au lot d'un associé ne peuvent plus être réputés meubles ; mais, dans la théorie du code, ils sont le produit d'un droit mobilier. En ce sens, le droit que donne une société est toujours mobilier (n° 503).

Enfin, l'article 529 dit que les actions sont réputées meubles à l'égard de chaque associé seulement. La loi oppose la société aux associés. C'est la société, considérée comme être moral ou personne civile, qui est propriétaire des immeubles dépendants de l'entreprise ; possédant des immeubles, elle a un droit immobilier ; elle peut les hypothéquer, les tiers créanciers peuvent les saisir. Il en est autrement des associés ; ils ne sont pas propriétaires, ils ne peuvent donc ni aliéner ni hypothéquer ; leurs créanciers ne peuvent pas saisir les biens de la société, puisque ces biens n'appartiennént pas à leur débiteur (n° 504).

A quelles sociétés s'applique l'article 529 ? Le texte parle des *compagnies* de finance, de commerce ou d'industrie. On entend par là les sociétés commerciales que la loi considère comme personnes civiles. L'article 529 implique, comme nous venons de le dire, que la société est propriétaire, donc elle forme un corps moral ; partant la loi ne reçoit d'application qu'aux sociétés qui ont la personnification. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Société* (n° 505).

490. « Sont aussi meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'Etat, soit sur des particuliers » (art. 529). La rente est le droit à une prestation périodique en argent ou en denrées ; la prestation porte le nom d'arrérages. Le droit ayant pour objet une chose mobilière, il est évident que la rente est mobilière. Il n'en était pas de même dans l'ancien droit ; nous y reviendrons, au titre qui est le siége de la matière (n° 509).

491. Les articles 533-536 définissent les mots *meuble, meubles meublants, biens meubles, mobilier, effets mobiliers,* et les expressions vente ou don d'une *maison meublée* ou d'une *maison avec tout ce qui s'y trouve*. Nous renvoyons au texte. Le but du législateur était de mettre fin aux contestations que ces locutions faisaient naître ; ce but est complétement manqué : il y a plus

d'arrêts sur les quatre articles qui devaient prévenir les procès que sur toutes les autres dispositions du titre Ier (no 514). La volonté des parties l'emporte sur les définitions légales; mais quand les parties entendent-elles déroger à la loi? Sur ce point il y a d'interminables controverses (no 515).

L'article 533, qui définit le mot *meuble*, suppose que cette expression est employée seule dans les dispositions de la loi, et il n'y a pas un seul article du code civil où ce mot ait le sens que lui donne l'article 533 (no 518).

CHAPITRE III.

DES PRINCIPES QUI RÉGISSENT LES MEUBLES ET LES IMMEUBLES.

Sommaire.

492. Du statut réel. Renvoi.
493. Les droits des administrateurs diffèrent selon que les biens sont meubles ou immeubles.
494. En fait de meubles, la possession vaut titre. Conséquences qui résultent du principe.
495. De la distinction des meubles et des immeubles en matière de conventions matrimoniales.

492. Dans l'ancien droit, la distinction des biens en meubles et immeubles était capitale; elle servait à déterminer la nature des statuts, réels ou personnels, et toutes les relations juridiques dépendaient de la réalité ou de la personnalité des lois qui les régissaient. Aujourd'hui la distinction des statuts n'a plus d'importance que dans le droit civil international. L'article 3, qui définit le statut réel, porte que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Ainsi, les lois concernant les immeubles forment seuls un statut réel. Cette différence entre les meubles et les immeubles n'a qu'une raison historique, elle n'a pas de fondement rationnel; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 22-26) (no 525).

493. Les droits de celui qui gère comme administrateur diffèrent suivant que les biens dont il a la gestion sont meubles ou immeubles. Sont-ils meubles, la loi lui permet d'intenter les ac-

tions mobilières, tandis qu'elle lui refuse le droit d'intenter des actions immobilières; nous avons vu des applications de cette distinction aux titres de l'*Absence*, de la *Tutelle* et de l'*Émancipation;* nous en verrons une au titre du *Contrat de mariage* (art. 1428). La doctrine et la jurisprudence reconnaissent généralement à ceux qui ont un pouvoir d'administration le droit d'aliéner les meubles, tandis qu'ils ne peuvent pas aliéner les immeubles. Cela est douteux; le Code ne consacre cette distinction que pour la femme séparée de biens, laquelle est propriétaire des biens qu'elle administre (art. 1449). La loi établit des formes différentes pour la vente des meubles et pour celle des immeubles, formes simples pour les meubles et compliquées pour les immeubles.

Il n'y a pas de raison juridique de cette différence. Le but du législateur est de conserver les immeubles dans les familles, et surtout aux incapables, dont les biens sont gérés par des mandataires légaux. Importe-t-il moins de conserver la fortune mobilière? Dans notre état social, la question n'a pas de sens. La distinction est traditionnelle. Jadis les immeubles constituaient la richesse par excellence; ils se trouvaient dans les mains du clergé et de la noblesse, les deux ordres privilégiés. Les arts et métiers étaient exercés par le tiers état; le mépris que les nobles témoignaient aux artisans rejaillissait sur l'industrie et la richesse mobilière; de là ce dicton presque insultant : « La possession des meubles est chose vile. » La maxime a laissé des traces dans le code civil, bien que l'état social qui lui a donné naissance ait complétement changé. Cela prouve combien la tradition est puissante et tenace dans le domaine du droit (n° 526).

494. « En fait de meubles, la possession vaut titre » (art. 2279). Cela veut dire que la revendication des objets mobiliers n'est pas admise, ni par conséquent aucune action réelle concernant les meubles. Nous dirons ailleurs que cette règle est fondée sur les nécessités du commerce. Il en résulte une différence capitale entre les meubles et les immeubles. Le propriétaire peut revendiquer ses immeubles contre tout possesseur, et toute action immobilière peut être exercée contre les tiers; le possesseur ne peut repousser le demandeur que par la prescription, tandis que le possesseur d'un meuble peut opposer au propriétaire que sa possession vaut titre.

Celui qui acquiert un immeuble ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription. Le possesseur d'un meuble corporel peut opposer son droit aux tiers, sans publicité aucune, pourvu qu'il soit de bonne foi.

Les immeubles seuls peuvent être hypothéqués. Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque; ils peuvent servir de garantie réelle, il y a des priviléges mobiliers, mais ils ne donnent pas au créancier le droit de suite (n° 527).

495. Nous négligeons les différences secondaires qui existent entre les meubles et les immeubles. Il y en a encore une, qui est très-importante. La communauté est le régime de droit commun qui règle les intérêts pécuniaires des époux : c'est une société universelle de biens, mais limitée à la fortune mobilière des conjoints. Pourquoi les immeubles en sont-ils exclus? C'est encore une règle traditionnelle qui a pour objet de conserver les immeubles dans les familles.

Le régime dotal présente une autre application de la distinction des meubles et des immeubles; les fonds dotaux sont inaliénables, tandis que la dot mobilière est aliénable. Ici le fait l'a emporté sur le droit. La jurisprudence française a étendu le principe de l'inaliénabilité au mobilier dotal, afin de donner à la femme dotale dont la fortune est exclusivement mobilière la garantie dont jouit la femme dont la fortune est immobilière (n° 528).

CHAPITRE IV.

DES BIENS DANS LEUR RAPPORT AVEC CEUX QUI LES POSSÈDENT.

(*Principes de droit civil,* t. VI.)

Sommaire.

496. On appelle choses *communes*, en droit romain, celles qui n'ont pas de maître, et que la nature a destinées à l'usage de

tous les hommes : telles sont l'eau courante, les rivages de la mer. Cette expression ne se trouve pas dans le code civil. L'article 714 dit qu'il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous; mais il ne les appelle pas des choses *communes*. L'article 538 les place dans le domaine public, par la raison qu'elles ne sont pas susceptibles d'une propriété privée; n'étant pas susceptibles d'appropriation, à raison de leur destination publique, elles n'ont réellement pas de maître; en ce sens on peut dire qu'elles n'appartiennent à personne. Si le code les considère comme dépendances du domaine public, c'est à raison de l'usage que tous les citoyens en peuvent faire.

On appelle parfois choses *communes* celles qui n'ont point de maître, bien qu'elles soient susceptibles d'appropriation par voie d'occupation : tels sont les coquillages, les poissons et les animaux sauvages. On doit assimiler aux choses sans maître celles que leurs propriétaires abandonnent dans l'intention d'en abdiquer la propriété. Quand elles sont mobilières, elles appartiennent au premier occupant; si elles sont immeubles, elles appartiennent à l'Etat (n° 1).

497. On divise encore les choses en choses qui sont dans le *commerce* et en choses qui ne sont pas dans le commerce. Le *commerce* est un terme latin qui signifie le droit de vendre et d'acheter. On achète pour acquérir la propriété d'une chose; en ce sens on peut dire qu'une chose est dans le commerce quand elle est susceptible du droit exclusif de propriété, bien que, par une cause légale, elle ne puisse être aliénée. Il suit de là que les immeubles dotaux sont dans le commerce, quoique le contrat de mariage les frappe d'inaliénabilité.

Sont hors de commerce, 1° les choses qui, bien que susceptibles d'appropriation, ne peuvent être l'objet d'une propriété exclusive : telles sont les choses qui font partie du domaine public de l'État, des provinces et des communes. Le terrain qui forme une route est par lui-même susceptible d'appropriation; il était propriété privée avant de devenir route; du moment qu'il reçoit cette destination, il n'est plus susceptible du droit exclusif de propriété; il entre, il est vrai, dans le domaine public de l'État, mais ce domaine n'est pas une vraie propriété;

2° Sont hors du commerce les choses qui ont un maître, mais

qui ne peuvent pas changer de maître. Tels étaient les majorats; il n'y en a plus d'après notre droit (n° 2).

498. Les biens se divisent encore en biens appartenant à des particuliers et en biens appartenant à des personnes morales. Il y a des personnes civiles publiques : on appelle ainsi l'État, les provinces et les communes. Il y a des personnes civiles qui sont chargées d'un service public : telles sont les hospices, bureaux de bienfaisance, fabriques d'église. Enfin, il y a des associations qui forment une personne morale. Les biens qui appartiennent à des personnes civiles sont régis par des principes différents, à certains égards, de ceux qui régissent les biens des particuliers. De là la nécessité de les distinguer (n° 3).

§ I. *Des biens de l'État.*

Sommaire.

499. Distinction entre le domaine *public* de l'Etat et le domaine *privé*.

499. Le code appelle *domaine public* les biens qui appartiennent à l'État; il comprend sous cette expression deux espèces de biens, régis par des principes essentiellement différents.

Il y a d'abord les biens qui sont destinés à l'usage de tous. Telles sont les routes et les rivières navigables; l'article 538 dit qu'elles sont *considérées* comme des dépendances du domaine public. C'est dire qu'elles ne font pas partie du domaine de propriété; à raison de leur destination publique, elles ne sont pas susceptibles d'appropriation, pas plus dans les mains de l'Etat que dans celles des particuliers. La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses *de la manière la plus absolue* (art. 544); or, loin que l'État puisse disposer de la manière la plus absolue des routes et des rivières navigables, il est tenu de maintenir la destination publique de ces voies de communication, bien moins encore en peut-il disposer. Il en est de même des terrains des fortifications, des rivages de la mer, des havres et rades (art. 540 et 538).

L'État a d'autres biens dont il jouit et dispose, comme les particuliers jouissent et disposent. Tels sont les bois et forêts dont le code ne parle pas; les biens vacants et sans maître qui, d'après l'article 539, appartiennent au domaine public; les lais et relais de la mer que l'article 538 classe à tort parmi les biens qui ne

sont pas susceptibles d'une propriété privée, la loi permettant à l'État de les aliéner. Enfin, tels sont les biens affectés à un service public quand ce service cesse (art. 541).

Il y a une différence capitale entre les deux espèces de biens qui, dans la terminologie du code, appartiennent au domaine public : les uns sont dans le commerce, les autres sont hors de commerce. Il y a manque de clarté et de logique à les confondre dans une même expression. Afin d'éviter cette confusion, nous appellerons *domaine public de l'État* les biens que leur destination publique place hors du commerce, et nous donnerons le nom de *domaine privé de l'État* aux biens qui restent dans le commerce, quoiqu'ils appartiennent à l'État. Les communes et les provinces ont également un domaine *public* et un domaine privé (n° 4).

N° 1. DU DOMAINE PUBLIC DE L'ÉTAT.

Sommaire.

500. D'après l'article 538, les rivages de la mer appartiennent au domaine public. Le code ne parle pas de la mer : elle fait partie des choses communes, telles que l'air, que la nature a destinées à l'usage de tous, et dont l'appropriation est inutile et même impossible. La propriété, en effet, n'est légitime que parce qu'elle est nécessaire pour le développement intellectuel et moral des hommes; elle cesse de l'être lorsque la chose que l'on voudrait s'approprier est d'une étendue telles qu'elle suffit à tous les besoins, sans qu'il faille l'assujettir à un domaine quelconque. Telle est la mer. Il n'en est pas de même des rivages de la mer; l'ennemi y peut aborder; il faut donc qu'il soit sous la main du gouvernement chargé de la défense nationale. Les intérêts de la navigation et du commerce demandent encore que l'État dispose

des rivages de la mer. Toutefois l'appropriation n'est pas absolue; en un certain sens les rivages de la mer restent chose commune, comme le disent les jurisconsultes romains; la pêche, les bains sont un droit commun pour tous ceux qui se trouvent sur le rivage, de même que le droit aux herbages que produit la mer et aux choses qu'elle rejette (n° 5).

Jusqu'où s'étend le rivage de la mer? L'ordonnance sur la marine de 1681 porte : « Est réputé bord ou rivage de la mer tout ce qu'elle couvre et découvre pendant les nouvelles et pleines lunes, jusqu'où le plus grand flot de mars se peut étendre. » Les rédacteurs de l'ordonnance avaient en vue l'Océan sur les bords duquel la mer s'avance le plus pendant la lune de mars (n° 6).

L'article 538 considère encore comme dépendances du domaine public les ports, les havres et les rades. On appelle *havres* les ports qui ne peuvent recevoir que des bâtiments de moyenne grandeur. Les *rades* sont la partie de la mer où les bâtiments mouillent en attendant le moment favorable d'entrer dans le port. C'est la destination publique des ports, des havres et des rades qui les attribue au domaine public : la navigation et la défense en temps de guerre sont également intéressées à ce que ces établissements soient dans les mains de l'État (n° 7).

501. Les rivières navigables appartiennent au domaine public de l'État (art. 538), parce qu'elles sont destinées à l'usage du public; elles servent, en effet, au transport des hommes et des denrées, elles facilitent donc les relations civiles et commerciales. Par fleuves et rivières, on n'entend pas l'eau considérée comme élément; comme tel, l'eau n'est pas susceptible d'appropriation, puisque, par la loi de la nature, elle doit couler sans cesse d'amont en aval. Le cours d'eau est un ensemble de choses se composant du lit et des eaux qui le recouvrent. Naît donc la question de savoir jusqu'où s'étend la rivière, et par conséquent le domaine public. La rive n'y est pas comprise, parce qu'elle n'est pas destinée d'une manière permanente à l'usage de tous; elle sert à la navigation, donc à un service qui n'est pas continu; dès lors il n'y avait pas nécessité de placer les bords des rivières dans le domaine de l'État : il ne faut jamais soustraire inutilement une partie du sol à l'activité intelligente des individus. Pour les besoins de la navigation, un marchepied établi à titre de servitude suffit;

la propriété reste aux riverains (art. 650). Nous reviendrons sur le marchepied.

Puisque la rive appartient aux riverains et le fleuve à l'Etat, il importe de préciser jusqu'où s'étend le fleuve et où commence la rive. Le niveau des eaux n'est pas toujours le même, il s'élève et s'abaisse; il faut s'en tenir au niveau que les eaux atteignent dans leur crue habituelle : c'est la nature elle-même qui fixe cette limite aux cours d'eau. On ne tient aucun compte des crues extraordinaires; les rives ont une limite fixe, elles ne changent pas quand les eaux s'élèvent par une crue passagère. Quelle est la crue habituelle? C'est une question de fait que les tribunaux décident d'après la nature et les habitudes des divers cours d'eau (n° 8).

Reste à savoir quand une rivière est navigable. Le code ne le dit pas; mais le mot *navigable* et l'esprit de la loi suffisent pour décider la question. *Navigable* veut dire où l'on peut naviguer, et naviguer signifie aller par eau, en amont ou en aval. Il ne suffit pas que l'on passe d'une rive à l'autre sur un bac pour que la rivière soit navigable. C'est parce que les rivières sont destinées au transport des hommes et des choses, qu'elles sont placées dans le domaine de l'Etat; il faut donc que ce transport puisse se faire (n° 9).

502. Le code met les rivières flottables sur la même ligne que les fleuves navigables (art. 538). Il y a des rivières non navigables qui sont flottables, c'est-à-dire qui, sans porter bateaux, servent à transporter le bois, soit en trains ou radeaux, soit à bûches perdues. Quand le flottage se fait en trains, la rivière est flottable dans le sens de l'article 538, et elle appartient au domaine public. La raison en est que le flottage est une espèce de navigation, puisqu'il sert au transport d'une marchandise; il y a transport par eau, dans un intérêt public, ce qui suffit pour attribuer le domaine de la rivière à l'Etat. Il n'en est pas de même quand le flottage se fait à bûches perdues, c'est-à-dire lorsque les rivières flottent du bois, bûche à bûche. C'est une doctrine traditionnelle. Elle est fondée sur le respect des droits qui appartiennent aux riverains sur les cours d'eau non navigables; dès qu'il n'y a pas nécessité d'attribuer à l'Etat les rivières qui flottent le bois à bûches perdues, on doit les laisser dans le domaine des riverains :

or le flottage à bûches perdues peut se concilier avec le droit de propriété des riverains : ce qui est décisif (nº 12).

503. Les rivières canalisées font partie du domaine public; la loi ne distingue pas si la rivière est navigable par sa nature, ou si elle l'est devenue par le travail de l'homme, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Dès qu'une rivière est navigable, elle sert de voie de communication, et, à ce titre, elle doit être dans la main de l'Etat (nº 13).

Il en est de même des canaux; ils sont construits pour servir de voie de communication; leur destination est donc essentiellement publique, ce qui doit en attribuer le domaine à l'Etat. Quand c'est l'Etat qui construit le canal, l'expropriation le rend propriétaire du lit et de toutes les dépendances; c'est une propriété destinée à l'usage de tous, donc elle fait partie du domaine public de l'État. Si le canal a été construit par voie de concession, on applique les principes que nous exposerons plus loin sur les concessions (nº 14).

504. A qui appartiennent les cours d'eau non navigables ni flottables? La question est très-controversée; à notre avis ces cours d'eau appartiennent aux riverains. Le chapitre III, intitulé *Des biens dans leur rapport avec ceux qui les possèdent*, classe les biens, considérés quant à la propriété, en biens qui appartiennent aux particuliers et en biens qui ne leur appartiennent pas (art. 537). La loi prend soin d'énumérer les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers; ce sont les biens du domaine de l'Etat et des communes. Tous les autres biens sont donc propriété privée. En d'autres termes, le domaine privé est la règle, et le domaine public l'exception. Tel est le principe, et il est fondé en raison. C'est par nécessité que la loi enlève une partie du sol à l'exploitation des particuliers, toujours plus active et plus profitable que celle de l'Etat; dès qu'il n'y a pas de nécessité publique en cause, les biens doivent rester dans le domaine des individus. Ce principe suffit pour décider la question. L'article 538 place dans le domaine public de l'Etat les rivières navigables ou flottables; cela implique que les cours d'eau non navigables ni flottables ne sont pas une dépendance du domaine public; ils ne sont pas dans l'exception, donc ils restent dans la règle; par cela seul qu'ils n'appartiennent pas au domaine public, ils sont dans le domaine

privé; car la loi ne connaît point une troisième espèce de biens au point de vue de la propriété. L'article 644 est conçu dans le même sens : « Celui dont la propriété borde une eau courante, *autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article* 538, peut s'en servir... » La loi distingue donc : les rivières navigables appartiennent à l'Etat, les rivières non navigables ne lui appartiennent pas; n'appartenant pas à l'Etat, elles doivent appartenir aux particuliers, puisque tout bien qui ne dépend pas du domaine public est propriété privée (n[os] 16-18).

Le droit de propriété des riverains n'est pas la propriété absolue de l'article 544. Le code dit (art. 645) que le droit de chaque riverain doit être concilié avec le droit des autres. C'est une copropriété et non une propriété exclusive. La nature a destiné les cours d'eau à l'usage de tous les riverains, de ceux qui sont en aval aussi bien que de ceux qui sont en amont; ceux qui reçoivent les premiers les eaux et qui en usent ne peuvent pas les absorber; ce serait léser le droit égal que la nature donne aux riverains inférieurs. C'est dans cet esprit que la loi règle les droits des riverains. Il en est de même de leurs charges ; ils sont tenus de faire le curage, et chacun y contribue dans la mesure de son intérêt (n° 19).

505. Les chemins et routes appartiennent au domaine public (art. 538) parce qu'ils sont destinés à l'usage du public; ils sont dans le domaine de l'Etat, des provinces ou des communes, selon qu'ils ont été construits sur le sol de l'Etat, d'une province ou d'une commune.

Les rues des villes appartiennent régulièrement au domaine public de la commune, puisqu'elles sont construites sur un sol qui est propriété de la commune. Il y a exception pour les rues qui sont le prolongement d'une grande voie de communication, et qui, comme telles, sont une dépendance de la grande voirie; elles appartiennent, à ce titre, au domaine public de l'Etat, et elles sont à sa charge, comme le dit l'article 538 (n° 28).

506. Les canaux, les routes et les chemins de fer peuvent être construits par des concessionnaires. A qui appartiennent les voies concédées pendant la durée de la concession? Cette question, très-difficile, ne peut recevoir de solution que par la loi. Les voies concédées sont une création nouvelle à laquelle on ne peut

pas appliquer les anciens principes. Il est certain que les concessionnaires ont des droits, mais on ne sait comment les qualifier ; comme les compagnies achètent le terrain sur lequel la voie est construite, on doit dire qu'elles sont propriétaires du sol et de ce qui y accède par incorporation ou destination. Mais cette propriété n'est pas celle de l'article 544 ; elle est subordonnée au service public pour lequel la voie a été concédée. C'est donc une propriété limitée dont la loi doit régler l'étendue et la portée (n°s 29-35).

507. « Les portes, murs, fossés, remparts des places de guerre et des forteresses, font aussi partie du domaine public » (art. 540). On distingue, en matière de fortifications, la zone des terrains militaires et la zone des servitudes ; celle-ci est en dehors des fortifications ; nous en dirons un mot au titre des *Servitudes*. Les terrains militaires proprement dits font partie des fortifications, et c'est à ce titre, comme étant destinés à la défense nationale, qu'ils sont placés dans le domaine public (n° 36).

508. L'article 538 contient encore une disposition générale ainsi conçue : « Toutes les portions du territoire français *qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* sont considérées comme dépendances du domaine public. » Les mots *susceptibles d'une propriété privée* ne signifient pas que la nature des choses doit s'opposer à ce qu'un bien soit propriété privée pour que ce bien fasse partie du domaine public ; le texte même de l'article 538 prouve le contraire. Les terrains qui constituent une route, une fortification sont certainement susceptibles d'une propriété privée ; mais la route, ou les fortifications comme telles ne peuvent pas être propriété privée, parce qu'elles sont destinées à l'usage de tous. Ce sont donc les biens destinés à l'usage de tous que la loi déclare dépendants du domaine public : tels sont les églises, colléges, universités et autres édifices destinés à un usage public (n° 37).

N° 2. BIENS DU DOMAINE PRIVÉ DE L'ÉTAT.

Sommaire.

509. Des biens vacants et sans maître.
510. Quand les épaves appartiennent-elles à l'État?
511. Des lais et relais de la mer.

509. « Tous les biens vacants et sans maître appartiennent au domaine public » (art. 539 et 713). Le principe ne reçoit guère d'application; on n'abandonne pas les immeubles, ni les meubles, dans l'intention de ne les avoir plus; cela s'est vu dans la décadence de l'empire romain, cela ne se voit plus. L'article 539 attribue encore à l'Etat les biens des personnes qui décèdent sans héritiers ou dont les successions sont abandonnées. D'après le code civil (art. 768), l'Etat est appelé à succéder, comme successeur irrégulier, c'est-à-dire à défaut de successibles ; il succède encore quand les successeurs légitimes et irréguliers abandonnent la succession. Nous renvoyons au titre qui est le siége de la matière (nos 39 et 40).

510. Les choses égarées dont on ne connaît pas le propriétaire appartiennent à l'Etat quand elles ne deviennent pas propriété privée par l'occupation. On les appelle épaves. Nous dirons, au IIIe livre, comment s'exerce le droit d'occupation sur les choses perdues (n° 41).

511. L'article 538 attribue à l'Etat les lais et relais de la mer. On entend par *lais* les alluvions qui se forment le long du rivage de la mer, sur les limites des propriétés riveraines; et par *relais*, les terrains que la mer abandonne, qu'elle délaisse. La loi met les lais et relais sur la même ligne que les rivages de la mer; cela n'est pas exact. Le rivage de la mer, destiné à l'usage de tous, fait partie du domaine public de l'Etat; les lais et relais, au contraire, sont dans le commerce : le décret du 16 septembre 1807 permet au gouvernement de les aliéner (n° 42).

512. « Les îles, îlots, atterrissements qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre ou prescription contraire » (art. 560). Le lit des rivières navigables ou flottables appartenant à l'Etat, les îles qui en sont l'accessoire doivent aussi lui appartenir. Il y a cependant une différence entre les îles et le lit. Les îles font partie du domaine privé de l'Etat, parce qu'elles ne sont pas consacrées à un usage public; tandis que le lit, ne faisant qu'un avec la rivière, est par cela même une dépendance du domaine public. Les îles sont dans le commerce, et le lit est hors du commerce (n° 48).

513. Les biens qui font partie du domaine public de l'État entrent dans le domaine privé de l'État quand leur destination publique vient à cesser. Tels sont les terrains des fortifications quand les places cessent d'être places de guerre ; ils appartiennent toujours à l'État, comme le dit l'article 540, mais ils ne font plus partie du domaine public, comme semble le dire le code; ils entrent dans le domaine privé de l'État (n° 36). Il en est de même des terrains des routes que l'État abandonne (n° 49).

N° 3. DES PRINCIPES QUI RÉGISSENT LE DOMAINE DE L'ÉTAT.

Sommaire.

514. Droit de l'État sur le domaine privé.
515. Droit de l'État sur le domaine public.

514. Les biens qui forment le domaine privé sont dans le commerce ; l'État en est donc propriétaire. Mais son droit n'est pas absolu comme celui des particuliers. L'État est une personne civile, et les personnes civiles ont des charges plutôt que des droits. Il en est ainsi de l'État propriétaire ; il emploie les biens qu'il possède aux besoins publics (n° 50).

Les biens du domaine privé étant dans le commerce peuvent être aliénés ; mais l'État ne peut les vendre qu'en vertu d'une loi. Ils appartiennent à la nation ; or, le propriétaire seul peut aliéner ; il faut donc que l'aliénation soit consentie par le pouvoir législatif qui représente la nation (n° 51). Du principe que les biens du domaine privé sont dans le commerce, suit encore qu'ils sont prescriptibles, d'après le droit commun (art. 2227) (n° 53).

515. Le domaine public est hors du commerce (art. 538); il ne peut donc ni être aliéné ni être acquis par prescription (n° 56). Ce domaine n'est pas susceptible d'une véritable propriété. L'État n'est pas propriétaire, parce que ce n'est pas la personne civile qui jouit, c'est le public ; l'État ne fait que gérer un domaine qui est à l'usage de tous. En ce sens, l'article 714 dit que les choses qui sont une dépendance du domaine public n'appartiennent à personne, et que l'usage en est commun à tous (n° 54).

N° 4. DES BIENS DES COMMUNES ET DES PROVINCES

Sommaire.

516. « Les biens communaux sont ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis » (art. 542). On a toujours considéré les communes comme des personnes civiles, ayant capacité de posséder ; elles doivent avoir cette capacité pour remplir la mission dont elles sont chargées. Il n'en a pas toujours été de même des provinces ou départements. D'après notre législation, les provinces sont sur la même ligne que les communes (n° 62). Les provinces ont donc des biens au même titre que les communes.

517. Les communes et les provinces ont un domaine public et un domaine privé, de même que l'État. Il y a des biens communaux et provinciaux qui sont destinés à l'usage de tous, et qui par cela même ne sont pas susceptibles d'appropriation. Tels sont les routes provinciales, les chemins vicinaux, les rues et places publiques des villes; les édifices et les bâtiments affectés à un usage public. Les uns sont à la charge des provinces et leur appartiennent : tels sont les palais de justice, les prisons, les gendarmeries. Les autres sont des bâtiments communaux, hôtels de ville, colléges, écoles, bibliothèques et musées, églises. Les eaux jouent un grand rôle dans le domaine communal. La propriété des cimetières leur a été longtemps contestée; la jurisprudence a fini par la leur reconnaître (n° 63). Ce qui fait l'importance de ces débats, c'est que tous les biens appartenant au domaine public des communes ou des provinces sont inaliénables et imprescriptibles (n° 67), parce qu'ils sont hors du commerce.

518. La plupart des communes ont un domaine privé; les provinces peuvent aussi en avoir. Ce domaine consiste en biens qui ne sont pas destinés à l'usage de tous. Ce n'est pas aux habitants, comme le dit l'article 542, que ces biens appartiennent; la commune en est propriétaire à titre de personne civile. Il y a des biens communaux au produit desquels les habitants de la commune ont droit : tels sont les bois dont les coupes se dis-

tribuent entre eux, en tout ou en partie. Les biens qui forment le domaine privé des communes et des provinces sont dans le commerce; ils sont donc aliénables et prescriptibles (n° 68).

§ II. *Des biens des particuliers.*

Sommaire.

519. L'article 537 porte : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois. Les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières. » Qui sont ces propriétaires autres que les particuliers? Ce sont les personnes dites morales ou civiles. Le code Napoléon ne se sert jamais de ce terme, usité dans la doctrine; s'il l'évite avec tant de soin, c'est pour marquer la différence profonde qui existe entre les êtres réels et les êtres fictifs auxquels on reconnaît une espèce de personnalité. L'article 537 confirme ce que nous avons dit ailleurs (1). Les particuliers seuls ont la véritable propriété. Les personnes dites civiles ne sont pas propriétaires ; elles n'ont de droits que dans la limite de la mission dont elles sont investies (n° 70). Nous n'avons à traiter que de la véritable propriété.

(1) Voyez plus haut, n° 51.

TITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DES DROITS RÉELS.

Sommaire.

520. Les droits sont ou réels ou personnels. Terminologie.
521. Quelles différences y a-t-il entre les droits réels et les droits de créance?
522. Énumération des droits réels.

520. On peut avoir deux espèces de droits à l'égard des choses qui sont dans le commerce. D'abord, le droit que nous avons *dans* une *chose;* on l'appelle *jus in re*, droit *réel*, par lequel elle nous appartient, au moins à certains égards. En second lieu, le droit que nous avons par rapport à une chose; on l'appelle *jus ad rem*, droit *personnel*, parce que nous l'exerçons contre la personne qui s'est obligée de nous prester la chose. C'est l'explication de Pothier et la terminologie traditionnelle. L'expression droit *personnel* est équivoque, car elle a encore d'autres significations; ainsi, on dit qu'un droit est *personnel*, comme l'usufruit, en ce sens qu'il s'éteint avec la mort de celui à qui il appartient; on dit encore d'un droit qu'il est *personnel* lorsqu'il est exclusivement attaché à la personne de celui à qui il appartient, de sorte que ses créanciers ne peuvent pas l'exercer. Il y a une autre expression qui est plus exacte, c'est celle de *droit de créance,* droit qui naît d'une obligation et qui existe, par conséquent, entre un *créancier* et un *débiteur* (n° 72).

521. Le droit réel est un droit dans la chose, ce qui veut dire que cette chose nous appartient à certains égards; nous en avons la propriété ou un démembrement de la propriété. Quand c'est la propriété, il est certain que le propriétaire exerce son droit dans la chose qu'il possède, dont il jouit et dispose; cela est cer-

tain aussi de l'usufruit, de l'emphytéose et de la superficie; nous dirons plus loin en quel sens le propriétaire du fonds servant et le créancier hypothécaire ont un droit dans la chose. Un droit de créance ne confère au créancier ni la propriété, ni un démembrement de la propriété; il donne seulement au créancier une action contre la personne qui est obligée envers lui : voilà pourquoi on le nomme *personnel* (n° 73).

Le droit réel est un droit dans une chose; il faut ajouter que la chose doit être déterminée. Cela est évident quand il s'agit du droit de propriété; on ne conçoit pas que le propriétaire ait le droit absolu de jouir et de disposer d'une chose indéterminée. Il en est de même des démembrements de la propriété; bien que l'usufruitier n'ait pas le droit absolu de jouissance, il a le droit de jouir, et on ne peut pas jouir d'une chose indéterminée. On peut en dire autant des autres droits réels; tandis que le droit de créance ne suppose pas nécessairement qu'il y ait une chose qui en fasse l'objet : l'obligation de faire peut comprendre un simple fait, sans que l'effet de l'obligation soit de mettre le créancier en possession d'une chose (n° 74).

Le droit réel étant un droit dans une chose déterminée, il s'ensuit qu'il existe un lien direct entre la chose et celui à qui elle appartient à certains égards. En ce sens, le droit réel est absolu : le maître l'exerce dans la chose sans qu'il ait besoin d'agir contre une personne obligée, parce que la chose même est affectée de son droit. Le droit de créance, au contraire, établit un lien entre deux personnes, le créancier et le débiteur; il est donc relatif. De là résulte une différence capitale entre les deux espèces de droits. Puisque le droit réel affecte la chose, celui à qui il appartient peut l'exercer contre tout détenteur de la chose; c'est ce qu'on appelle le droit de suite, parce que celui qui a un droit réel suit la chose entre les mains de tout détenteur, quoiqu'il n'y ait aucun lien d'obligation entre le demandeur et le défendeur; à vrai dire, c'est la chose qui est poursuivie, mais comme on ne peut pas agir contre une chose, il a fallu donner une action contre celui qui la détient. Le droit de créance n'établit de lien qu'entre deux personnes, le créancier et le débiteur; le créancier n'a donc jamais d'action que contre la personne obligée. Ce principe reçoit cependant des exceptions : il y a des droits réels, tels que les pri-

viléges mobiliers, qui ne donnent pas le droit de suite; et il y a un droit de créance, le droit du preneur, qui peut être exercé contre un tiers non obligé, l'acquéreur de l'immeuble donné à bail. Nous reviendrons sur ces exceptions, aux titres qui sont le siége de la matière (n° 75).

Du principe que le droit réel affecte la chose et la démembre, suit que celui qui l'a concédé ne peut pas l'enlever ni l'altérer par un nouvel acte de disposition; il ne peut disposer de la chose que dans l'état de démembrement où elle se trouve. Si le débiteur, après avoir concédé une hypothèque sur un immeuble, le grève d'une nouvelle hypothèque, le premier créancier hypothécaire primera le second, pourvu que son antériorité soit constatée par une inscription. Il n'en est pas de même des droits de créance; ils ne donnent d'action que contre la personne du créancier; or, sur la personne du débiteur, on ne conçoit pas de droit de préférence. A la vérité, le débiteur qui oblige sa personne oblige ses biens, qui deviennent le gage des créanciers, mais ce gage ne se réalise que lorsque le débiteur ne paye pas ses dettes; la déconfiture donnant ouverture à l'action de tous créanciers, leur droit sur les biens a, en réalité, la même date, il n'y a donc entre eux aucune raison de préférence (n° 76).

522. L'article 543 énumère les principaux droits réels en disant que l'on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ce qui comprend l'usufruit, l'usage et l'habitation, ou des services fonciers, c'est-à-dire des servitudes. Il faut ajouter l'emphytéose et la superficie, dont le code ne traite pas; en Belgique, il y a des lois spéciales qui ont maintenu ces droits avec le caractère de réalité qu'ils ont toujours eu. L'hypothèque est encore un droit réel immobilier en vertu de notre loi hypothécaire. Quant à l'antichrèse, nous examinerons la question au titre du *Nantissement* (n° 81).

CHAPITRE II

DE LA PROPRIÉTÉ.

§ I. *Définition et caractères de la propriété.*

Sommaire.

523. Définition de la propriété et caractères qui en résultent.
524. Du droit d'exclusion.
525. La propriété est, en principe, irrévocable. Des cas dans lesquels elle peut être révoquée.
526. Quand la propriété est-elle temporaire, par suite de la révocation?

523. L'article 544 définit la propriété : c'est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Cette définition comprend les caractères qui distinguent la propriété. Le propriétaire a le droit de *jouir*. Ce mot est pris dans son sens le plus large, lequel répond à la signification vulgaire du mot. Jouir, dit le Dictionnaire de l'Académie, c'est posséder une chose et en tirer tous les fruits, tous les émoluments, tous les avantages (n° 100).

Le propriétaire a encore le droit de *disposer de la chose*. Disposer d'une chose, c'est en faire ce que l'on veut. C'est dans ce sens que la loi prend cette expression, puisqu'elle ajoute : *de la manière la plus absolue*. Le sens ordinaire du mot *dispose* implique le droit d'*aliéner*, à quelque titre que ce soit; il y a alors translation des droits du propriétaire, en tout ou en partie, en faveur d'un tiers. Le droit de disposer implique encore la faculté d'abdiquer la propriété sans la transférer à un autre : le propriétaire peut jeter sa chose mobilière, délaisser sa chose immobilière dans l'intention de ne les avoir plus. Il faut ajouter que l'on n'use guère de cette faculté. Enfin le droit de disposer donne au maître celui de la dénaturer, d'en changer la forme et la substance en la consumant ou en la détruisant. C'est ce qu'on appelle le droit d'abuser : on ne peut le contester, quoique les mots

abuser et *droit* semblent contradictoires. Le propriétaire peut faire de folles et coupables dépenses, moralement parlant; au point de vue juridique, il est dans son droit, sauf que le prodigue peut être placé sous conseil judiciaire (n° 101).

524. La doctrine ajoute, comme troisième caractère de la propriété, l'exclusion, ce qui comprend tous les actes qui tendent à interdire aux autres l'usage de la chose, et à réprimer les troubles que l'on voudrait apporter à la jouissance ou à la disposition du maître. Le droit d'exclusion résulte implicitement de l'article 544, qui reconnaît au propriétaire le droit le plus absolu. L'article 647 le consacre encore dans une de ses conséquences : tout propriétaire peut clore son héritage. Si un tiers se met en possession d'une chose qui ne lui appartient pas, le propriétaire a contre lui soit une action possessoire, soit l'action en revendication (n° 102).

525. La propriété est, de sa nature, irrévocable, c'est-à-dire perpétuelle. Cela résulte du pouvoir absolu que le propriétaire a de disposer de la chose, droit qui ne se concevrait pas si la propriété était temporaire. Il y a cependant des cas dans lesquels la propriété peut être révoquée, résolue, anéantie ou rescindée (n° 104).

La propriété est résoluble quand elle est transmise sous une condition résolutoire expresse ou tacite. Lorsque la condition s'accomplit, elle rétroagit; il en résulte que celui dont la propriété est résolue n'a jamais été propriétaire. On ne peut pas dire qu'il y ait, dans ce cas, une propriété temporaire; la propriété est censée n'avoir jamais été transmise, par conséquent, l'ancien propriétaire est resté propriétaire. De là suit que les droits concédés à des tiers par celui dont la propriété est résolue sont également résolus; n'ayant jamais été propriétaire, il n'a pu faire acte de propriété. Ainsi la résolution réagit contre les tiers, sauf l'exception de l'article 2279 qui ne permet pas d'exercer un droit réel mobilier contre un tiers possesseur de bonne foi (n° 105).

La propriété est rescindable ou annulable quand le titre du propriétaire est infecté d'un vice qui le rend nul. Il en résulte une action en nullité; si l'annulation est prononcée, le titre est censé n'avoir jamais existé. En ce sens, on dit que l'acte nul ne

produit aucun effet. Le propriétaire dont le titre est annulé étant censé n'avoir jamais été propriétaire, les actes par lui concédés tombent, puisqu'il n'a pas eu qualité pour les faire. L'annulation réagit donc contre les tiers, de même que la résolution (n° 106).

La propriété est révocable dans les cas où la loi permet d'en demander la révocation ou la prononce elle-même. Il en est ainsi des donations, dont le donateur peut demander la révocation pour cause d'inexécution des charges, ou que la loi révoque de plein droit, en cas de survenance d'enfant. Cette révocation est une résolution ; il n'y a de différence que dans les termes (n° 110).

526. Dans ces divers cas, la propriété se trouve anéantie dans les mains de celui dont le titre est résolu, révoqué ou annulé; mais on ne peut pas dire qu'il ait eu une propriété temporaire, puisqu'il est censé n'avoir jamais été propriétaire ; et celui qui rentre dans sa propriété, après la résolution, la révocation ou l'annulation, n'a pas non plus une propriété temporaire, puisqu'il n'a jamais cessé d'être propriétaire. La propriété n'est temporaire que dans les cas où la révocation du titre d'un propriétaire se fait sans rétroactivité. Quand une donation est révoquée pour cause d'ingratitude, le donataire a eu une propriété temporaire, jusqu'au jour de la demande en révocation, rendue publique par la voie de l'inscription ; il cesse d'être propriétaire à partir de ce moment; quant aux actes qu'il a faits antérieurement, ils restent valables. Les envoyés en possession définitive des biens d'un absent ont également une propriété révocable; leur droit est révoqué par le retour de l'absent, mais les actes de disposition par eux faits pendant l'envoi définitif subsistent. Quand l'usufruitier est déclaré déchu de son droit pour abus de jouissance, il a eu une propriété temporaire, partant les actes par lui faits restent valables (n° 111).

Il peut donc y avoir une propriété temporaire; ce qui prouve que la perpétuité est de la nature, mais non de l'essence de la propriété. De là suit que la propriété peut être temporaire en vertu de la convention des parties contractantes. En droit, cela est incontestable. En fait, cela est rare. Lorsque les parties stipulent une propriété révocable, la propriété sera temporaire, si telle est leur intention ; quand elles n'ont pas déclaré leur volonté,

on doit admettre que la révocation se fera rétroactivement, puisque la perpétuité de la propriété est la règle, et la propriété temporaire l'exception (nos 112 et 113).

§ II. *Des restrictions que reçoit la propriété.*

Sommaire.

527. Qui a le droit de restreindre l'exercice de la propriété? Dans quelle limite les conseils communaux peuvent-ils réglementer l'exercice de la propriété?
528. Des restrictions établies par la loi dans un intérêt général.
529. Des restrictions qui résultent du conflit des droits privés. Quand le propriétaire qui use de son droit doit-il réparer le préjudice qu'il cause?
530. Quand y a-t-il lésion d'un droit?

527. Après avoir dit que la propriété est le droit de jouir et disposer de la manière la plus absolue, l'article 544 ajoute : « Pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements. » Il n'y a aucune difficulté quant à la loi; le législateur peut régler les droits du propriétaire, les modifier, les limiter comme il l'entend ; il n'est lié que par la Constitution, et tout ce que la Constitution dit de la propriété, c'est qu'elle est inviolable, en ce sens que personne ne peut en être privé que pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité (n° 114). Quant aux règlement dont parle l'article 544, le code a surtout en vue les règlements faits par les autorités locales, c'est-à-dire, d'après notre législation, par les conseils communaux. Les conseils n'ont pas le pouvoir illimité de réglementer; la Constitution limite leur pouvoir à ce qui est d'intérêt communal. Ce n'est pas tout ; il y a des lois qui règlent ce qui est d'intérêt local; il faut donc recourir aux lois qui déterminent les limites dans lesquelles s'exerce le pouvoir réglementaire des communes. Ces lois sont le décret du 14 décembre 1789 (art. 50) et la loi du 24 août 1790 (art. 3). Il en résulte que les règlements doivent avoir pour objet la propreté, la salubrité, la sûreté et la tranquillité des habitants (nos 115-117). Nous citerons comme exemple le règlement de la ville de Gand sur les enclos du 3 août 1850.

Il y a dans les cités manufacturières des constructions destinées à l'habitation des ouvriers. La spéculation s'en est emparée ;

ces misérables réduits produisent un gros revenu, parce qu'on les construit avec une cruelle parcimonie. Il a fallu que l'autorité locale intervînt pour sauvegarder la santé et la vie des ouvriers. Une autorisation du collége échevinal est requise pour construire et reconstruire des bâtiments, de même que pour approprier des maisons dans le but de les louer en chambres, lorsque ces constructions se font dans l'intérieur des cours et jardins. Ainsi le propriétaire n'est pas libre de bâtir, ni de bâtir comme il l'entend. Ce n'est pas violer le droit de propriété, c'est en régler l'exercice dans un intérêt de salubrité; l'autorité communale est donc dans la limite de ses attributions. L'administration intervient jusque dans les moindres détails, afin de veiller à ce que les propriétaires ne sacrifient pas à la cupidité la vie et la santé des ouvriers. Lorsqu'il y a des locaux qui compromettent la salubrité ou la santé des habitants, le collége échevinal notifie au propriétaire les mesures qu'il doit exécuter, et si, dans le délai prescrit, ces mesures ne sont pas prises, le collége interdit l'habitation des maisons et logements déclarés inhabitables; ils sont évacués dans les quinze jours, et il est apposé sur la façade de l'enclos un écriteau portant : enclos interdit pour cause d'insalubrité (n° 123).

528. Il y a des cas où l'exercice du droit de propriété est restreint par le droit et le devoir de la société. Ce n'est pas, comme on le dit, parce que le bien privé doit céder devant le bien public. Montesquieu a raison de dire que le bien public consiste dans le respect des droits appartenant aux particuliers. Mais la société a aussi ses droits, parce qu'elle a des devoirs à remplir, et partant, le droit d'imposer à ses membres certaines obligations ou restrictions; le droit de l'individu est donc dominé par le droit de la société; mais la société ne peut pas détruire le droit de l'individu, elle peut seulement le restreindre.

Il en est ainsi de la propriété. Le propriétaire ne peut pas être privé de sa propriété; mais si l'*utilité publique* exige que l'Etat en dispose, il peut exproprier le propriétaire, moyennant une juste et préalable indemnité (C. c., art. 545; Constit. belge, art. 11). L'*utilité publique,* dans l'espèce, n'est pas un simple intérêt; il s'agit de travaux publics, faits pour favoriser le commerce, l'industrie, l'agriculture, parfois pour assurer la santé et

la vie des habitants d'une grande ville; c'est un devoir pour la société de favoriser le développement de la richesse, ce devoir lui donne un droit, et ce droit lui permet de forcer le propriétaire à lui céder son bien, sous la condition de lui payer une juste et préalable indemnité (n° 133).

Le desséchement des marais offre une autre application du principe. Il appartient au gouvernement d'ordonner les desséchements qu'il juge utiles ou nécessaires. Dans ce cas, la chose change de nature, malgré le propriétaire; son droit cède devant un droit supérieur, celui de la santé et de la vie des habitants. Le desséchement se fait par l'Etat ou par un concessionnaire; le propriétaire obtient la préférence, à condition de se soumettre aux règles qui lui sont imposées. Quand ce n'est pas le propriétaire qui exécute les travaux, il doit une indemnité, de ce chef, à l'Etat ou au concessionnaire; s'il ne veut pas la payer, il est tenu de délaisser le fonds. Ici on pourrait croire que le droit de propriété est violé, puisque le propriétaire du marais est exproprié sans indemnité, mais le marais n'est desséché que parce qu'il est nuisible, il compromet la santé et la vie des hommes; or, l'Etat a le droit et le devoir de détruire ou de modifier les choses nuisibles; celles-ci sont placées hors du commerce, et, partant, il n'y a pas lieu à indemnité. C'est ainsi que les lois sur la police sanitaire permettent au gouvernement d'ordonner la destruction des objets qui pourraient transmettre la contagion, ainsi que des animaux infectés ou suspects, sans aucune indemnité. Du moment qu'une chose est nuisible, elle est placée hors du commerce; comme elle ne peut plus être d'aucune utilité au propriétaire, il n'y a pas lieu de l'indemniser (n° 134).

Il y a aussi des servitudes établies, dans un intérêt public, sur les fonds des particuliers. Nous en traiterons dans le titre qui est le siége de la matière.

529. Le droit du propriétaire est encore limité lorsqu'il est en conflit avec le droit égal d'un autre propriétaire; l'état de société ne permet pas que l'un exerce son droit en lésant le droit de l'autre, donc ils se limitent réciproquement. C'est dire qu'ils cessent d'être absolus. Nous disons qu'un droit doit être lésé pour que la propriété soit limitée; il ne suffit pas qu'il y ait préjudice. Si, en usant de mon droit, je cause préjudice à mon voisin,

sans léser son droit, je ne suis pas tenu de le réparer. En ce sens, on dit que celui qui use de son droit ne fait de tort à personne. C'est la doctrine de Pothier; voici l'exemple qu'il donne.

J'élève un bâtiment sur mon héritage; par là je prive le voisin du jour qu'il en tirait; je lui cause donc un préjudice. Dois-je le réparer? Non, dit Pothier. Je construis sur mon fonds un four à chaux qui envoie sur le fonds du voisin une fumée épaisse et incommode : suis-je tenu de réparer le dommage que je lui cause? Pothier dit que oui. Il y a préjudice dans les deux cas : pourquoi dois-je réparer l'un, tandis que je ne dois pas réparer l'autre? C'est que, dans le second cas, je lèse un droit de mon voisin; il a droit à l'air pur qui se trouve dans son héritage, air que je corromps. J'ai, à la vérité, le droit de construire sur mon fonds, mais je ne puis pas user de mon droit en lésant le droit de mon voisin; si je le fais, je suis tenu de réparer et d'empêcher le dommage que je cause. Dans le premier cas, au contraire, en construisant sur un fonds non bâti, je cause aussi un préjudice à mon voisin, il perd la vue dont il jouissait, son héritage diminue de valeur; cependant, je ne serai tenu à aucune réparation, parce que je ne lèse aucun droit de mon voisin, car sa propriété ne lui donne aucun droit sur mon héritage. Il n'y a pas de conflit de droits, dans cette hypothèse : il n'y a qu'un seul droit en cause, celui du propriétaire, droit absolu, dont le maître peut user comme il l'entend, quand même il causerait un préjudice à son voisin (n° 136).

Cette même doctrine est exposée par l'orateur du gouvernement. Si les auteurs du code ne l'ont pas consacrée, c'est qu'elle appartient plutôt au domaine de la science qu'à celui de la législation : il eût été très-difficile, et partant dangereux, de préciser le principe (n° 137).

530. Reste à savoir quand il y a lésion d'un droit. Ici on doit également appliquer le principe qu'il n'y a pas de droit absolu, pas plus le droit de celui qui se plaint d'une lésion que le droit de celui qui cause un préjudice à son voisin. Dès qu'il y a deux droits en présence, l'un limite nécessairement l'autre. Celui qui se plaint d'un préjudice ne peut pas invoquer la moindre altération de son droit; sinon, la coexistence des hommes dans les villes deviendrait impossible, il n'y a pas d'industrie, grande

ou petite, qui n'altère plus ou moins l'air. Que dis-je? Toute fumée qui s'échappe d'une cheminée altère la pureté de l'air, et donnerait par conséquent lieu à un procès. Il a toujours été admis que les voisins devaient supporter, dans une certaine mesure, les inconvénients inévitables qui résultent de l'existence commune des hommes dans l'état de société (n° 144).

Il y a conflit entre l'industrie et la propriété; elles doivent mutuellement se faire des sacrifices et des concessions (n° 145). Le législateur est intervenu quand il s'agit d'établissements dangereux, insalubres ou incommodes. Mais les décrets rendus sur cette matière n'ont pas mis fin aux difficultés. L'autorisation que l'industriel obtient ne lui permet pas de léser les droits des voisins; ceux-ci ont donc toujours le droit d'agir. Dès qu'un droit est lésé, et que la lésion dépasse la limite des inconvénients que les voisins doivent supporter, il y a lieu à une action en réparation (n° 148).

§ III. *De l'action en revendication.*

Sommaire.

531. Contre qui l'action en revendication doit-elle être intentée?
532. Que doit prouver le demandeur? Comment fait-il cette preuve? *Quid* s'il ne la fait pas?
533. Quels sont les effets de la revendication?

531. On appelle revendication l'action qui naît du droit de propriété. Le propriétaire peut revendiquer sa chose contre tout détenteur; mais si le détenteur est un possesseur précaire, tel qu'un fermier, il doit appeler en cause le propriétaire pour lequel il possède, et il sera mis hors d'instance, s'il l'exige. C'est ce que dit l'article 1727, sur lequel nous reviendrons au titre du *Louage*. S'il s'agit d'un meuble corporel, l'action en revendication n'est pas admise, à raison du principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279) (n° 157).

532. Celui qui revendique la propriété doit prouver qu'il est propriétaire. Comment se fait cette preuve? On répond d'ordinaire : Par titres ou par la prescription. A vrai dire, les titres que le revendiquant produit, tels que la vente, le legs, l'hérédité, ne sont autre chose que la cause invoquée par le demandeur pour établir

son droit; cette cause ne prouve qu'il est propriétaire que sous une condition, c'est que l'auteur qui lui a transféré la propriété était propriétaire. Je revendique un fonds en invoquant un acte de vente; cet acte prouve que je suis acheteur, mais il ne prouve que je suis propriétaire que s'il est établi que mon vendeur était propriétaire, et pour celui-ci la même difficulté se présente, et elle se présente pour chaque auteur auquel on remonte successivement : voilà pourquoi les anciens interprètes appelaient la preuve par titres une preuve diabolique. Pour mettre fin à ces difficultés, le législateur a admis la prescription : la preuve que le revendiquant a à faire se réduit à établir que lui et ses auteurs ont possédé pendant le temps requis pour prescrire, dix à vingt ans quand le preneur a titre et bonne foi, trente ans quand il n'a ni bonne foi ni titre. C'est parce que la prescription est l'unique preuve de la propriété qu'on l'a appelée la patronne du genre humain (n° 159).

Si le demandeur ne prouve pas son droit de propriété, le possesseur de l'héritage contre lequel il a agi l'emporte. Celui-ci n'a rien à prouver, car il est défendeur, et il n'oppose aucune exception. Tant que le revendiquant n'a pas prouvé qu'il est propriétaire, le possesseur n'a aucun intérêt à opposer une exception. Il est intéressé, au contraire, à rester sur la défensive, car, par cela seul que le demandeur ne prouve pas le fondement de sa demande, le défendeur obtient gain de cause. Peu importe que le possesseur soit sans droit; de ce qu'il est sans droit, il ne résulte pas que le revendiquant ait un droit; or, c'est son droit que le demandeur doit établir; s'il ne le fait pas, il succombe, parce qu'il ne prouve pas le fondement de sa demande (n° 160). Il succombe donc quand il ne peut invoquer la prescription ni en sa personne, ni dans la personne de son auteur (n° 169).

533. Quels sont les effets de la revendication? La revendication a pour objet la restitution de la chose revendiquée. Tel est aussi l'effet de l'action (n° 173). L'obligation de restituer la chose comprend les accessoires, tels que les fruits, ainsi que les constructions et plantations faites par le possesseur; nous en traiterons au chapitre de l'*Accession*, en suivant l'ordre du code civil. Restent les *impenses*. On entend par là les travaux autres que constructions et plantations, faits dans le but de conserver,

d'améliorer ou d'embellir l'héritage : de là la distinction des impenses en nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Les impenses nécessaires sont celles qui conservent la chose en tout ou en partie; elles sont nécessaires en ce sens que, si elles n'étaient pas faites, la chose périrait. Il suit de là que le propriétaire aurait dû les faire, à moins de laisser périr sa chose. Donc le possesseur qui les fait enrichit le propriétaire du montant de la dépense; de là l'obligation du revendiquant de la restituer au défendeur, en vertu du principe d'équité, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ce principe reçoit une modification pour les dépenses de simple entretien; elles sont à la charge de celui qui gagne les fruits, puisqu'elles se payent sur les fruits: or, le possesseur gagne les fruits quand il est de bonne foi; c'est lui qui, dans ce cas, supporte les frais d'entretien. S'il est de mauvaise foi, il doit restituer les fruits; puisque le propriétaire en profite, il est juste qu'il rembourse au possesseur les frais d'entretien que celui-ci a faits : c'est l'application du principe d'équité qui ne permet pas au propriétaire de s'enrichir aux dépens du possesseur (n° 176).

Les impenses utiles sont celles qui ont pour but et pour effet d'améliorer la chose. Comme le revendiquant ne peut pas s'enrichir aux dépens du possesseur, l'équité exige qu'il restitue les dépenses au défendeur jusqu'à concurrence de la plus-value qui en résulte, au moment où la restitution se fait. Il se pourra que le possesseur ne soit pas entièrement indemnisé; mais l'équité ne permet pas que l'on impose au propriétaire des impenses dont il ne profite pas, alors que lui-même ne les aurait peut-être pas faites. De là découle une autre restriction. Quand le possesseur est de mauvaise foi, l'équité veut que le possesseur soit indemnisé, s'il a procuré une plus-value au fonds; mais l'équité veut aussi que le possesseur ne fasse pas des dépenses excessives, alors qu'il sait qu'il n'est pas propriétaire : l'équité étant en conflit avec l'équité, le juge appréciera (n° 177).

Les impenses voluptuaires sont des travaux d'agrément qui n'augmentent pas la valeur du fonds. Comme le propriétaire ne s'enrichit pas, il n'est tenu à aucune indemnité. On permet cependant au possesseur d'enlever ce qui peut être détaché du fonds sans le détériorer (n° 178).

CHAPITRE III.

DU DROIT D'ACCESSION.

Sommaire.

534. Définition et classification.

534. L'article 546 porte « La propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. » Ce droit s'appelle droit d'accession. Il se fonde sur ce vieil adage, que l'accessoire suit le principal. Une chose est l'accessoire d'une autre, ou parce qu'elle en a été produite ou parce qu'elle y a été unie : de là la division de la matière (nos 182 et 183).

§ I. *Du droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.*

Sommaire.

535. Des fruits. Division. Comment ils s'acquièrent.
536. A qui appartiennent les fruits et à quel titre?
537. Du possesseur de bonne foi. Quels sont ses droits?
537 *bis*. Quand le possesseur est-il de bonne foi?
437³. A quel moment la bonne foi doit-elle exister?
537⁴. Qui doit prouver la bonne foi?
538. Du possesseur de mauvaise foi. Quels sont ses obligations et ses droits?

535. L'article 547 porte : « Les fruits naturels ou industriels de la terre, les fruits civils, le croît des animaux appartiennent au propriétaire par droit d'accession. » On entend par fruits tout ce que la chose produit et reproduit. « Les fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre; les fruits industriels sont ceux que l'on obtient par la culture » (art. 583). Cette distinction n'a aucune importance pratique; les fruits naturels et industriels sont régis par les mêmes principes. Le croît des animaux, que l'article 547 place après les fruits naturels et civils, est rangé par l'article 583 parmi les fruits naturels. « Les fruits civils sont les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrerages des rentes (art. 584). » On les appelle fruits

civils, parce que ce ne sont pas des fruits véritables, ce sont des fruits fictifs. La loi assimile aux fruits le profit que l'on retire d'une maison quand on la loue, d'un capital quand on le place à intérêt ou à rente; il y a, en effet, cette analogie que ce profit constitue un produit régulier, permanent, qui se renouvelle sans cesse, de même que les fruits de la terre. Le mot *exigible* est employé dans l'article 584 par opposition au mot *rentes*, dont le capital n'est pas exigible, tandis que les sommes placées à intérêt le sont. L'article 584 ajoute : « Les prix des baux à ferme sont aussi rangés dans la classe des fruits civils. » C'est une innovation apportée à l'ancien droit; nous y reviendrons (nos 197-199).

Les fruits naturels et industriels s'acquièrent par la séparation : la nature les détache à leur maturité, ou l'homme le fait pour en jouir. Quant aux fruits civils, l'article 586 dit qu'ils sont *réputés* s'acquérir jour par jour; la loi dit *réputés*, parce que c'est une fiction; en réalité, on ne les touche pas chaque jour, on les reçoit à certains termes, mais ils représentent une jouissance qui est journalière. La fiction a donc un fondement réel quand il s'agit d'intérêts ou de loyers; mais elle dépasse la réalité quand il s'agit de fermages, lesquels s'acquièrent aussi jour par jour, bien qu'ils représentent une jouissance qui n'est pas journalière (n° 200).

Ces règles sont établies au titre de l'*Usufruit*. On les applique au possesseur, parce qu'il n'y en a pas d'autres. On voit par l'article 547 que la terminologie est la même; il est plus que probable que le législateur attache le même sens aux mêmes termes (n° 196).

536. A qui appartiennent les fruits? L'article 547 pose comme règle qu'ils appartiennent au propriétaire par droit d'accession. La règle est d'évidence, mais le droit d'accession est contestable. Tant que les fruits sont pendants par branches ou par racines, ils font corps avec le sol, à ce point que la loi les considère comme immeubles par nature : il n'y a pas, dans ce cas, deux propriétés, l'une principale, l'autre accessoire, il n'y en a qu'une. Lorsque les fruits sont séparés, ils restent au propriétaire, parce qu'ils lui appartiennent en vertu de son droit de propriété; ce n'est pas un nouveau droit qui prend naissance, c'est un droit existant qui se continue (n° 182). Toutefois, la théorie légale est que les fruits appartiennent au propriétaire, par droit d'accession; il faut l'accepter (n° 201).

La règle de l'article 547 reçoit des exceptions. Quand l'usufruit est séparé de la propriété, c'est l'usufruitier qui acquiert les fruits. Ceci n'est pas une véritable exception ; en effet, l'usufruit est un démembrement de la propriété, l'usufruitier est donc propriétaire quant à la jouissance, et son droit aux fruits a le même fondement que celui du propriétaire. La seconde exception a lieu quand le propriétaire donne son héritage à bail ou à antichrèse; le fermier et le créancier antichrésiste ont le droit de percevoir les fruits, mais ce n'est pas en vertu d'un droit qui leur est propre, c'est comme étant subrogés au droit du maître; c'est donc toujours le maître qui les acquiert. Il n'y a de vraie exception que pour le possesseur (n° 202).

537. L'article 549 porte : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi; dans le cas contraire, il est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique. » On comprend que le possesseur de mauvaise foi doive restituer les fruits ; il sait que la chose ne lui appartient pas, il sait donc qu'il n'a aucun droit aux fruits, partant, il doit restituer les fruits avec la chose. Il est plus difficile de justifier le droit aux fruits que la loi accorde au possesseur de bonne foi. En principe, les fruits appartiennent au propriétaire ; or quand le possesseur est évincé, le revendiquant n'a jamais cessé d'être propriétaire, donc les fruits devraient lui appartenir. La loi déroge à la rigueur du droit en attribuant les fruits au possesseur. Ce ne peut être que par une considération d'équité ; quand le possesseur a consommé les fruits, l'équité exige, en effet, qu'il ne soit pas tenu de les restituer. Tant que le propriétaire reste dans l'inaction, le possesseur doit se croire propriétaire ; en consommant les fruits, il fait ce qu'il a le droit de faire, dans le silence du maître; celui-ci, quand il vient revendiquer, après des années d'inaction, ne peut pas se prévaloir de sa négligence contre un possesseur qui n'a rien à se reprocher. Telle était la théorie romaine. Le code va plus loin, il donne même au possesseur les fruits non consommés; c'est dépasser le principe d'équité, qui est le seul fondement du droit que la loi reconnaît au possesseur (n° 203).

537 *bis*. Quand le possesseur est-il de bonne foi? L'article 550 porte : « Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme

propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi, du moment où ces vices lui sont connus. » Deux conditions sont donc requises pour que le possesseur soit de bonne foi : 1° Il faut qu'il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété. On entend par là le fait juridique qui transfère la propriété; l'article 711 énumère les titres qui transmettent la propriété : ce sont la succession, la donation, le testament et les obligations. Il faut entendre par *obligations* certains contrats qui ont pour objet de transférer la propriété. Ces divers titres transmettent effectivement la propriété, à condition que l'auteur soit propriétaire; si l'auteur ne l'est pas, l'ayant cause ne peut pas le devenir. C'est le cas du simple possesseur : il possède comme propriétaire, puisqu'il possède en vertu d'un titre translatif de propriété. 2° Pour que le possesseur soit de bonne foi, il doit ignorer les vices de son titre. Il faut qu'il ignore tous les vices qui peuvent l'infecter. En ce sens, on dit que la bonne foi doit être absolue; il ne suffit pas de la croyance que l'auteur du possesseur était propriétaire de la chose qu'il lui a transmise, il faut qu'il ignore tous les vices du titre en vertu duquel il possède. Cela est aussi fondé en raison. Le possesseur a droit aux fruits parce qu'il agit comme propriétaire, il doit donc avoir la certitude entière de son droit; et, par conséquent, il faut que sa bonne foi soit absolue (n° 208).

537[3]. A quel moment la bonne foi doit-elle exister? Le possesseur doit être de bonne foi au moment où il acquiert les fruits, c'est-à-dire au moment de la perception ou de la séparation. Cela résulte du principe sur lequel repose l'acquisition des fruits au profit du possesseur. C'est la bonne foi qui constitue son titre, il faut donc qu'il soit de bonne foi lors de chaque perception. L'article 550 consacre le principe en disant que le possesseur cesse d'être de bonne foi à l'instant où il connaît les vices qui infectent son titre; donc dès cet instant il cesse de gagner les fruits. La loi suit un autre principe, en matière de prescription; il suffit que la bonne foi existe au moment de l'acquisition (art. 2269). Nous reviendrons sur cette disposition qui, à notre avis, est contraire aux vrais principes (n° 220).

Quel est le moment précis où la bonne foi cesse? Elle cesse, d'après l'article 550, dès que le possesseur a connaissance des

vices qui entachent son titre. La bonne foi résulte de l'ignorance où est le possesseur de ces vices; l'ignorance cessant, il n'y a plus de raison pour qu'il gagne les fruits. Il ne faut donc pas d'interpellation judiciaire. On demande si l'action formée par le propriétaire contre le possesseur suffit pour constituer celui-ci de mauvaise foi. Il est certain que le possesseur devra restituer les fruits à partir de l'instance judiciaire, mais ce n'est pas parce qu'il est présumé de mauvaise foi. La loi n'établit pas cette présomption, et il se peut que, malgré la demande, le possesseur conserve la conviction de son droit et, par conséquent, la bonne foi; s'il doit néanmoins restituer les fruits, c'est par application du principe que tout jugement rétroagit au jour de la demande; le demandeur doit obtenir dès ce jour tout ce qu'il aurait obtenu si le jugement avait été rendu immédiatement, les lenteurs de la justice ne devant pas lui nuire (n° 222).

537[1]. Qui doit prouver la bonne foi? D'après la rigueur des principes, cette preuve incomberait au possesseur, le propriétaire n'a rien à prouver que son droit de propriété, puisque les fruits appartiennent au propriétaire. C'est par exception que le possesseur gagne les fruits, il doit donc prouver sa bonne foi, qui est le fondement de cette exception. Cependant on admet que le possesseur ne doit pas prouver sa bonne foi, par application de l'article 2268, qui porte que la bonne foi est toujours présumée, d'où suit que celui qui allègue la mauvaise foi est tenu de la prouver; quoique placée au titre de la *Prescription*, cette disposition est considérée comme une règle générale applicable en toute matière (n° 225). La preuve qui incombe au demandeur peut se faire par témoins, puisque la bonne foi ou la mauvaise foi sont des faits dont on ne dresse pas écrit, et ces faits peuvent toujours se prouver par témoins, le demandeur n'ayant pas pu s'en procurer une preuve littérale (art. 1348) (n° 226).

538. A quoi est tenu le possesseur de mauvaise foi? Il est de mauvaise foi quand il possède en vertu d'un titre translatif de propriété dont il connaît les vices, soit au moment de l'acquisition, soit pendant la durée de sa possession (art. 550). Il doit restituer les fruits qu'il a perçus (art. 550) et de plus ceux que le demandeur aurait pu percevoir. Cette dernière obligation a son principe dans le délit civil dont le possesseur de mauvaise foi est

coupable. Il cause un dommage au propriétaire par son délit, il doit le réparer. En quoi consiste le dommage? Le propriétaire est privé de la jouissance de sa chose; le possesseur doit donc lui faire raison des fruits qu'il aurait perçus (n° 230).

Aux termes de l'article 548, « les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers ». Cette disposition profite surtout au possesseur de mauvaise foi, puisque le possesseur de bonne foi gagne généralement les fruits. La raison en est que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, pas même aux dépens de celui qui serait de mauvaise foi. Si le possesseur n'avait pas fait les frais de culture, il n'y aurait pas eu de fruits; il les fait donc au profit du propriétaire, l'équité veut que celui-ci les lui rembourse (n° 236).

§ II. *Du droit d'accession sur ce qui s'unit et s'incorpore à la chose.*

N° 1. DES CONSTRUCTIONS ET PLANTATIONS.

Sommaire.

539. Principe de l'accession. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.
540. Conséquence qui résulte du principe établi par l'article 552.
541. *Quid* si le propriétaire construit avec des matériaux qui ne lui appartiennent pas?
542. Des constructions faites par le tiers possesseur avec ses matériaux.

539. Le code civil pose en principe que tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire (art. 551); il applique ensuite le principe aux choses immobilières et aux choses mobilières. Nous commençons, en suivant l'ordre du code, par le droit d'accession relativement aux choses immobilières.

Aux termes de l'article 552, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Quant au dessous, l'article 552 porte : « Le propriétaire peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des droits et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. » En disant que le principe reçoit des modifications en ce qui concerne les mines, le code consacre implicitement le droit du propriétaire. Ce droit ne saurait

être contesté. Mais, d'un autre côté, la société est intéressée à ce que les richesses minérales, si nécessaires à l'industrie et même aux besoins journaliers des hommes, ne soient pas perdues ou mal exploitées, par suite de l'ignorance des propriétaires ou de leur mauvais vouloir. C'est dans cet esprit que la loi du 28 juillet 1791 réglementait les droits des propriétaires et l'action de l'Etat. En 1808, un nouveau projet de loi sur les mines fut soumis au conseil d'Etat; il reposait sur le principe que la propriété des mines n'appartient à personne. C'était enlever au propriétaire du sol un droit qu'il tient de la nature. Napoléon combattit vivement cette innovation, qui portait atteinte à la propriété. A ne consulter que le droit strict du propriétaire du sol, on aurait dû lui donner au moins la faculté d'exploiter ou de ne pas exploiter. L'intérêt public exige que l'on restreigne ce pouvoir absolu, mais la restriction ne peut aller jusqu'à dépouiller le propriétaire. Le principe défendu par l'empereur prévalut; il fut consacré par la loi du 21 avril 1810 (n° 247).

La propriété du sol emporte aussi la propriété du dessus, c'est-à-dire de l'espace aérien qui se trouve au-dessus du sol et dans les limites du sol. Par application du principe, l'article 552 dit que le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos. Il faut dire plus : lui seul a le droit de faire ces travaux, en ce sens que son voisin ne peut pas empiéter sur le domaine aérien qui appartient au maître du sol. Ainsi celui qui construit sur son sol ne peut établir un balcon ou autre ouvrage en projection sur l'héritage voisin, car ce serait usurper une partie de ce domaine aérien; il ne le pourrait même pas, s'il bâtissait sur le bord d'une rue ou d'une place publique, sans l'autorisation de la commune, car les rues et places publiques sont des propriétés communales, lesquelles embrassent également l'espace aérien qui se trouve au-dessus (n° 248).

Le droit de construire au-dessus et au-dessous est limité par les lois et règlements de police (art. 552). Nous avons dit plus haut, n° 527, que les autorités communales peuvent apporter des restrictions à l'exercice du droit de propriété, pour sauvegarder la sûreté et la salubrité publiques (n° 249).

540. L'article 553 déduit une conséquence du principe établi par l'article 552. La loi présume : 1° que les constructions, plan-

tations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire, et 2° qu'ils ont été faits à ses frais. De cette double présomption la loi conclut que les constructions et plantations appartiennent au propriétaire du sol.

La première présomption est fondée sur une probabilité qui touche à la certitude. Une construction existe sur un terrain. On sait quel est le propriétaire du terrain; on demande qui a fait ces constructions? Le bon sens répond : Celui qui avait droit et intérêt de les faire; or, le propriétaire du sol a seul le droit de construire sur ce sol, et lui seul a intérêt à le faire; donc la loi doit présumer que les constructions sont l'œuvre du propriétaire.

La seconde présomption est tout aussi naturelle. Il n'est personne qui songe à construire à ses frais sur le terrain d'autrui, car c'est l'intérêt qui dirige nos actions, et nous n'avons certes pas intérêt à payer des travaux qui ne nous profiteront pas.

Cette double présomption est si forte, que les jurisconsultes romains en avaient déduit le principe absolu que le bâtiment appartient au propriétaire du sol. Le code civil présume seulement que le maître du sol est propriétaire des constructions; cette présomption peut être combattue par la preuve contraire et par la prescription (n° 251).

Quelle est la conséquence de la preuve contraire? Si un tiers prouve qu'il a construit à ses frais sur le fonds d'autrui, il a droit à une indemnité (art. 555), comme nous le dirons plus loin. Cela ne lui donne aucun droit sur le bâtiment, ni sur le fonds; la construction appartiendra néanmoins au propriétaire du sol. Toutefois, il se peut que la construction appartienne à un autre qu'au propriétaire du sol; l'article 552 le dit. En effet, la propriété du sol et la propriété de la superficie ou des ouvrages souterrains peuvent être divisées. Un tiers, d'après l'article 553, peut acquérir la propriété d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, ainsi que toute autre partie du bâtiment. Ce démembrement de la propriété peut être l'effet d'une convention ou de la prescription (n°s 253 et 254).

541. Les constructions donnent encore lieu à deux difficultés. L'article 554 prévoit la première : « Le propriétaire du sol qui a fait des constructions, plantations et ouvrages avec des matériaux

qui ne lui appartenaient pas doit en payer la valeur; il peut aussi être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu; mais le propriétaire des matériaux n'a pas le droit de les enlever. » Que le propriétaire doive payer la valeur des matériaux qui ne lui appartiennent pas, cela est d'évidence. Il sera de plus tenu des dommages-intérêts s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il emploie sciemment des matériaux qui ne lui appartiennent pas; c'est un délit, et tout délit soumet l'auteur du fait dommageable à l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé (art. 1382). Mais le propriétaire des matériaux ne peut pas les enlever. Si le constructeur est de bonne foi, il est protégé par la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre. Quand le possesseur est de mauvaise foi, le propriétaire des matériaux pourrait les revendiquer; l'article 554 le lui défend. La raison en est que, par leur incorporation au bâtiment, les matériaux sont devenus immeubles, ils n'existent donc plus dans leur nature première, ce qui exclut la revendication (nos 259 et 260).

542. Quand c'est un tiers possesseur qui a fait les constructions ou plantations avec ses matériaux, il faut distinguer s'il est de bonne foi ou de mauvaise foi (art. 555). Quand le possesseur est de bonne foi, le propriétaire qui revendique l'héritage ne peut pas demander la suppression des constructions et plantations, tandis qu'il peut exiger la suppression si le possesseur est de mauvaise foi. Quel est le motif de cette première différence? Ce n'est pas une raison de droit; en principe, le possesseur est sans droit, quand il est évincé; en élevant des constructions, il a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire; peu importe qu'il soit de bonne foi, car la bonne foi ne lui donne aucun pouvoir sur la chose. C'est par un motif d'équité que la loi se prononce en faveur du possesseur de bonne foi; il s'est cru et a dû se croire propriétaire, et il a agi comme tel; on ne peut lui imputer aucune faute, aucune imprudence; tandis que l'inaction du propriétaire qui le laisse en possession est au moins une négligence. Quant au possesseur de mauvaise foi, il ne peut pas invoquer l'équité; il a fait sciemment ce qu'il n'avait pas le droit de faire; il serait injuste qu'il pût forcer le revendiquant à conserver des travaux et à payer une indemnité pour des ouvrages qui peuvent ne pas convenir au propriétaire.

Il y a une seconde différence entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Quand il est de bonne foi, la loi donne le choix au propriétaire, ou de rembourser la valeur des matériaux et du prix de la main-d'œuvre, ou de payer une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur. Le propriétaire doit, dans ce cas, conserver les ouvrages, il en profite donc et, par conséquent, il devrait payer la plus-value dont il s'enrichit : la loi lui permet de payer l'impense, ou la plus-value. Régulièrement la plus-value est moindre que la dépense, mais il se peut qu'elle soit plus forte : le propriétaire ne payera alors que la dépense. La raison en est qu'il peut être très-onéreux pour lui de devoir conserver et payer des ouvrages qu'il n'aurait peut-être pas faits; cette obligation est même contraire à la rigueur des principes; le législateur n'a pas voulu l'aggraver en forçant le propriétaire à payer la plus-value quand elle dépasse la dépense, tout ce que l'équité exige en faveur du possesseur, c'est qu'il soit remboursé de ce qu'il a dépensé.

Quand le possesseur est de mauvaise foi, le propriétaire peut le contraindre de supprimer les constructions et plantations, et demander des dommages-intérêts : c'est la conséquence du délit (art. 1382). Le propriétaire peut aussi conserver les ouvrages; dans ce cas, il doit rembourser la dépense, quand même elle dépasserait la plus-value; le législateur a pensé que ces travaux sont utiles au propriétaire puisqu'il s'est décidé à les conserver. Toutefois, la disposition a été critiquée et avec raison; le possesseur de mauvaise foi n'a droit à rien, sauf aux matériaux qu'il peut enlever quand les ouvrages sont supprimés; tout ce que l'équité exige, c'est que le propriétaire qui conserve les travaux lui paye la même indemnité qu'il serait obligé de payer au possesseur de bonne foi; tandis que dans le système du code, cette indemnité peut être plus grande si la dépense excède la plus-value (n° 262).

N° 2. DU DROIT D'ACCESSION QUANT AUX EAUX.

Sommaire.

543. L'alluvion et les relais profitent aux riverains.
544. De l'avulsion.
545. Des îles, îlots et atterrissements.

543. « Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent *alluvion*. L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non » (art. 556). Il en est de même des relais que l'eau courante forme en se retirant insensiblement de l'une de ses rives et en se portant sur l'autre; le propriétaire de la rive découverte profite de cette alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu (art. 557). L'orateur du gouvernement a exposé les motifs de la théorie du code. Les alluvions, dit-il, doivent appartenir au riverain, par cette maxime naturelle que le profit appartient à celui qui est exposé à souffrir le dommage. Des propriétés riveraines sont menacées plus que les autres; il est juste qu'elles profitent aussi des bonnes chances. Le principe est très-contestable. Il se réduit à dire que la rivière donne et ôte comme la fortune; or, la propriété ne doit pas être une affaire de hasard; le législateur surtout ne doit pas attribuer aux uns ce que l'action des eaux enlève aux autres. Dans l'ancien droit, plusieurs coutumes permettaient aux riverains dépouillés par l'action des eaux de réclamer leurs terrains contre ceux qui profitaient de leurs dépouilles : tel est le vrai principe. La fortune ne joue de rôle que dans l'invention; elle ne devrait en jouer aucun dès que la propriété réclamée est certaine (nº 281).

L'article 558 porte que l'alluvion n'a pas lieu à l'égard des lacs et étangs : « Le propriétaire conserve toujours le terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang, encore que le volume de l'eau vienne à diminuer. Réciproquement, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires. » Dans ce dernier cas, il y a inondation, laquelle, passagère de sa nature, ne change rien aux droits des propriétaires intéressés. Quant à la diminution des eaux, elle ne donne pas lieu à un relais : la raison en est que l'eau ne se porte pas d'une rive à l'autre, puisque ce n'est pas une eau courante. Ainsi les conditions de l'alluvion font défaut; il s'agit d'une propriété

limitée qui, comme toutes les propriétés, conserve toujours ses anciennes bornes (n° 289).

L'alluvion n'a pas lieu à l'égard des relais de la mer, d'après l'article 557. Cela veut dire que ces relais n'appartiennent pas aux propriétaires riverains, ils appartiennent à l'État. Ceci n'est pas une exception, c'est au contraire l'application des principes qui régissent l'alluvion. Qui profite des relais? Le propriétaire de la rive découverte (art. 557). Et qui est propriétaire des rivages de la mer? L'État : c'est donc à lui que les relais doivent appartenir (n° 291).

L'article 557 impose une obligation aux riverains qui profitent de l'alluvion, celle de laisser le marchepied ou chemin de halage, conformément à la loi. C'est une servitude légale établie dans l'intérêt de la navigation (art. 650); le riverain reste propriétaire du terrain sur lequel la servitude s'exerce. De là suit que l'alluvion profite à celui à qui appartient le terrain grevé de la servitude; il continue à supporter la charge, mais elle se déplace. La servitude s'exercera sur la terre d'alluvion, et par cela même elle cessera de grever l'ancien terrain, bien entendu si la terre d'alluvion a la largeur légale (n° 292).

544. On appelle *avulsion* une partie *considérable* et *reconnaissable* d'un champ riverain qu'une rivière, navigable ou non, enlève et porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée. L'article 559 donne au propriétaire de la partie enlevée le droit de la réclamer. Il faut pour cela qu'elle soit reconnaissable, c'est-à-dire que le propriétaire revendiquant puisse prouver que le terrain qu'il réclame a été enlevé de son champ. C'est l'exercice du droit de propriété par voie de revendication. La loi exige une seconde condition, c'est que la partie enlevée soit considérable; cette condition n'a pas de raison d'être : considérable ou non, le propriétaire devrait avoir le droit de réclamer sa chose (n° 296.)

Qu'entend-on par cette expression *réclamer la propriété?* Le propriétaire peut reprendre le terrain que l'action des eaux lui a enlevé, et reconstituer ainsi le fonds mutilé. Ainsi entendue, la loi concilie tous les droits. Le propriétaire du fonds où le courant a porté l'avulsion a le droit d'exiger que l'ancien état de choses soit rétabli, afin qu'il conserve les avantages que procure le voisinage des eaux, et il les perdrait si le propriétaire dépouillé pou-

vait exercer son droit sur le fonds où le courant a porté la partie enlevée (n° 297).

L'article 559 veut que le propriétaire de la partie enlevée forme sa demande dans l'année; il faut que le propriétaire au fonds duquel la partie enlevée a été unie sache s'il conservera cette bande de terrain, ou si on la reprendra. La loi ajoute que le propriétaire dépouillé peut encore agir après l'année si le riverain n'a pas pris possession de la partie enlevée qui a été unie à son fonds; si celui-ci ne fait aucun acte de possession, il manifeste par son inaction l'intention de ne pas vouloir de ce lambeau de terre; dans ce cas, l'ancien maître peut toujours le réclamer, même pendant trente ans, si le riverain restait trente ans sans faire acte de possession (n° 298).

545. A qui appartiennent les îles qui se forment dans le lit des rivières? Le code distingue : elles appartiennent à l'État si la rivière est navigable ou flottable, et aux riverains si la rivière n'est ni navigable ni flottable (art. 560 et 561). Pothier pose en principe que l'île doit appartenir à celui qui est propriétaire de la rivière, en vertu du droit d'accession. Or, les rivières navigables appartiennent à l'État, et l'article 561, en attribuant les îles aux riverains des rivières non navigables, prouve que celles-ci sont la propriété des riverains (n° 301).

La loi applique le même principe aux *atterrissements*. Il y a ici une légère difficulté de texte. L'article 556 attribue les atterrissements qui constituent une alluvion aux riverains des fleuves navigables; tandis que l'article 560 les attribue à l'État quand ils forment une espèce d'îlot. Comment distinguer les deux hypothèses? L'article 556 s'applique aux atterrissements qui se forment successivement et imperceptiblement et qui sont adhérents aux fonds riverains, tandis que l'article 560 suppose que les atterrissements se forment dans le lit des rivières, comme les îles, donc ce sont des dépendances du lit, séparées de la rive par un bras de la rivière, de même que les îlots; si la loi ne leur donne pas ce nom, c'est qu'ils sont trop peu considérables, mais, au point de vue juridique, il n'y a pas de différence (n° 286).

L'article 560, après avoir attribué à l'Etat la propriété des îles qui se forment dans le lit des rivières navigables, ajoute : « S'il n'y a titre ou prescription contraires. » C'est une différence entre

le domaine des îles et le domaine de la rivière; celle-ci n'est pas dans le commerce, tandis que les îles n'étant pas destinées à un usage public, peuvent devenir propriété privée (n° 303).

Lorsque l'île se forme dans une rivière non navigable, elle appartient aux riverains. A quels riverains? L'article 561 distingue : si l'île est tout entière d'un côté, elle appartient exclusivement aux riverains contre les fonds desquels elle se trouve : si elle n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires des deux rives, à partir de la ligne que l'on suppose tracée au milieu de la rivière (n° 304).

546. « Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain, et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable » (art. 562). L'ancien maître ne peut pas perdre sa propriété, parce qu'elle est entamée par les eaux et qu'elle est convertie en île. Vainement invoquerait-on l'intérêt de la navigation; si l'Etat a un intérêt à posséder l'île, il doit l'exproprier (n° 305).

547. « Si un fleuve ou une rivière navigable, flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé » (art. 563). Le code abandonne, dans ce cas, le principe de l'accession, pour ne considérer que l'équité, mais l'équité même n'est point respectée. Quand la rivière est navigable, le lit abandonné appartient à l'Etat et la loi en peut disposer, par mesure d'équité, au profit des propriétaires dont les terrains sont envahis par les eaux. Mais si la rivière est non navigable, le lit abandonné appartient aux riverains; et de quel droit la loi dispose-t-elle de leur propriété, sans les indemniser (n° 306)?

§ III. *Du droit d'accession quant aux animaux.*

Sommaire.

548. Motifs et condition de l'accession.

548. « Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang, appartiennent au proprié-

taire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient point été attirés par fraude et artifice »(art. 564). Ce mode d'acquisition est placé dans la section qui traite du droit d'accession relativement aux choses immobilières, parce que la loi considère les pigeons des colombiers, les lapins des garennes et les poissons des étangs, comme immeubles par destination (art. 524). Reste à savoir pourquoi ces animaux accèdent au sol où ils s'établissent. C'est parce qu'ils conservent leur liberté naturelle; nous n'en sommes réellement pas propriétaires, comme nous le sommes des animaux domestiques; si nous en avons la propriété, c'est parce qu'ils font partie de l'héritage où ils se tiennent; s'ils quittent le fonds, notre droit cesse; ils passent dans le domaine du propriétaire sur les terres duquels ils s'établissent. La loi ajoute une restriction, c'est que les animaux n'aient pas été attirés par fraude et artifice; en cas de dol, l'ancien propriétaire conserve ses droits. Cela n'est pas conforme aux principes qui régissent l'accession. Si le propriétaire du colombier où les pigeons vont s'établir acquiert un droit sur ces animaux, ce n'est pas la fraude qui est son titre d'acquisition, c'est l'accession; donc la loi aurait dû lui attribuer la propriété, sauf à le déclarer responsable de son dol (nos 340 et 341).

§ IV. *De l'accession mobilière.*

Sommaire.

549. L'article 565 porte que « le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle ». Cela n'est pas exact. La loi prévoit à peu près tous les cas d'accession mobilière qui peuvent se présenter; et dès qu'il y a une loi, l'équité est hors de cause. Le législateur a voulu dire que, dans le silence de la loi, le juge doit consulter l'équité; ce qui était inutile à dire, puisque l'article 4 le dit implicite-

ment (1). Avant de recourir à l'équité, le juge doit appliquer par analogie les dispositions du code; c'est ce que veut dire l'article 565 en ajoutant que « les règles suivantes serviront d'exemple au juge pour se déterminer, dans les cas non prévus, suivant les circonstances particulières » (n° 312).

Il ne s'est pas présenté jusqu'ici de cas non prévus; et ceux mêmes que la loi prévoit sont étrangers à la vie réelle. La raison en est que l'accession mobilière suppose que le maître de la chose principale, devenu propriétaire de la chose accessoire, par droit d'accession, peut revendiquer le tout contre les tiers possesseurs. Il en était ainsi en droit romain; en droit français, la revendication n'est pas admise en règle générale (art. 2279) : il en résulte que la matière de l'accession a perdu tout intérêt pratique (n° 313).

550. Il y a *adjonction* quand deux choses appartenant à différents maîtres ont été unies de manière à former un tout; le tout appartient au maître de la chose principale, à la charge de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie. Le droit d'accession a lieu, quand même les deux choses seraient séparables, de sorte que l'une puisse subsister sans l'autre (art. 566). La loi suppose que la séparation dégraderait l'une ou l'autre des choses unies; de là des difficultés qu'elle a voulu prévenir (n° 314). La règle reçoit exception quand la chose unie est beaucoup plus précieuse que la chose principale et qu'elle a été employée à l'insu du propriétaire; celui-ci peut, en ce cas, demander que la chose unie soit séparée pour lui être rendue, même quand il en pourrait résulter quelque dégradation de la chose à laquelle elle a été jointe (art. 568). La loi ne veut pas que le propriétaire d'un objet principal puisse en être privé par l'effet d'une union opérée à son insu; il ne doit pas être victime de ce qu'il ne pouvait pas empêcher (n° 314).

Reste à déterminer quelle est la partie principale. Le code établit d'abord une règle générale. Aux termes de l'article 567, est réputée partie principale celle à laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage, l'ornement ou le complément de la première. Le cadre est l'accessoire du tableau, quand même il serait d'un

(1) Voyez plus haut, n° 40, p. 157.

prix plus grand, parce que le cadre est fait pour le tableau, et non le tableau pour le cadre. Si de deux choses unies pour former un seul tout, l'une ne peut pas être regardée comme l'accessoire de l'autre, celle-là est réputée principale qui est la plus considérable en valeur, ou en volume si les valeurs sont à peu près égales (art. 569) (nº 315).

551. Un artisan ou une personne quelconque emploie une matière qui ne lui appartient pas à former une chose d'une nouvelle espèce. C'est ce qu'on appelle *spécification*. La chose appartient au propriétaire de la matière, à charge de rembourser le prix de la main-d'œuvre, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la matière peut ou non reprendre sa première forme (art. 570). Il y a exception si la main-d'œuvre était tellement importante qu'elle surpassât de beaucoup la valeur de la matière employée; l'industrie serait alors réputée la partie principale, et l'ouvrier aurait le droit de retenir la chose travaillée, en remboursant le prix de la matière au propriétaire (art. 571). Quand la matière appartient en partie seulement à l'ouvrier, il faut distinguer (art. 572) : si l'une ou l'autre des deux choses est entièrement distincte, on applique le principe que nous venons d'établir : si les matières ne sont pas distinctes, le propriétaire à l'insu duquel la chose a été employée pour en faire une nouvelle espèce peut demander qu'elle soit séparée de l'autre, et la revendiquer. Quand la séparation ne peut se faire sans inconvénient, la nouvelle espèce devient commune aux deux propriétaires, en raison, quant à l'un, de la matière qui lui appartenait, et quant à l'autre, en raison de son travail et de la main-d'œuvre (nº 317).

552. On appelle *mélange* la réunion de choses liquides ou liquéfiées appartenant à des propriétaires différents. Quand des matières appartenant à des propriétaires différents ont été confondues, le mélange appartient par droit d'accession au maître de la chose principale, si celle-ci est de beaucoup supérieure par la quantité et le prix; le propriétaire du mélange doit, en ce cas, rembourser à l'autre propriétaire la valeur de sa matière. Si aucune des deux choses ne peut être regardée comme la matière principale, il faut voir si elles peuvent être séparées; en ce cas, celui à l'insu duquel elles ont été mélangées en peut demander la division. S'il n'use pas de ce droit, ou si les matières ne peu-

vent pas être séparées sans inconvénient, la propriété devient commune, dans la proportion de la quantité, de la qualité et de la valeur des matières appartenant à chacun d'eux (art. 573 et 574) (nº 319).

553. Le code contient quelques règles applicables aux divers cas d'accession mobilière. Lorsque la chose devient une propriété commune, on applique les règles sur l'indivision et la licitation. Chaque copropriétaire peut demander que l'indivision cesse ; si les communistes sont majeurs et capables, ils peuvent mettre fin à l'indivision par telle voie qu'ils voudront choisir. Si l'un d'eux est incapable, on doit recourir à la licitation, le partage étant impossible, puisque c'est dans ce cas qu'il y a communauté (nº 320) (art. 575, 815, 1686).

Dans les divers cas où un propriétaire dont la chose a été employée à son insu peut réclamer la propriété de la chose, il a le choix de demander la restitution de sa matière en même nature, quantité, poids, mesure et bonté, ou sa valeur (art. 576) (nº 321).

Ceux qui emploient des matières premières appartenant à d'autres, et à leur insu, peuvent être condamnés à des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en vertu des articles 1382 et 1383, d'après lesquels chacun répond de son fait, de sa négligence ou de son imprudence. Il peut aussi être poursuivi pour vol. C'est ce que l'article 577 appelle improprement poursuite par voie extraordinaire ; c'est une locution empruntée à l'ancien droit, qui n'a plus de sens dans notre législation criminelle (nº 322.)

TITRE III.

DE L'USUFRUIT, DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'USUFRUIT.

§ I. *Principes généraux.*

Sommaire.

554. Définition et caractères de l'usufruit.
555. Sur quels biens l'usufruit peut-il être établi?
556. Comment se constitue l'usufruit ?
557. Dans quelle forme l'usufruit doit-il être établi?
558. Durée de l'usufruit.
559. Modalités de l'usufruit. De l'usufruit pur et simple, à terme et conditionnel.

554. « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance » (art. 578). Le droit de jouissance de l'usufruitier est placé, par l'article 543, parmi les droits réels. C'est la différence essentielle entre la jouissance de l'usufruitier et celle du fermier; celui-ci n'a qu'un droit de créance, tandis que l'usufruitier a un droit dans la chose; Pothier le qualifie de *servitude personnelle*. Le code ne se sert pas de cette expression; nous en dirons le motif au titre des *Servitudes*. Malgré le silence de la loi, l'usufruit est aujourd'hui ce qu'il a toujours été, une servitude attachée à la vie de l'usufruitier, et en ce sens *personnelle*. Cela résulte du texte même de la loi. L'article 637 porte que « la servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ». C'est la définition de la servitude réelle; or, la servitude personnelle ne diffère de la servitude réelle qu'en un point, c'est que la charge est établie au profit d'une personne. Tel est l'usufruit; en ce sens on peut lui appliquer la définition de l'article 637 : c'est une charge imposée sur un héritage pour

l'usage et l'utilité de l'usufruitier. Donc, c'est une servitude personnelle (n° 323).

Il suit de là que l'usufruit est un démembrement de la propriété. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 544). Quand une chose est grevée d'usufruit, le droit de jouir appartient à l'usufruitier ; le propriétaire n'a qu'une propriété sans jouissance, que l'on appelle nue propriété ; son droit est donc démembré. Il y a plus, la propriété du nu propriétaire perd son caractère absolu ; il ne peut pas, de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier. En ce sens la propriété est démembrée, une partie appartient à l'usufruitier; voilà pourquoi on appelle l'usufruitier propriétaire. Toutefois, le code ne lui donne pas ce nom ; le nu propriétaire seul est qualifié de propriétaire, mais son droit n'est plus entier (n° 325).

L'article 578 dit que l'usufruit est le droit de *jouir;* il ne parle pas du droit d'user, quoique l'usage et la jouissance soient compris dans l'expression même d'usufruit (1). Dans le langage du code, le mot *jouissance* comprend l'usage (n° 326). La loi ajoute que l'usufruitier a le droit de jouir, *comme le propriétaire lui-même*. L'expression est équivoque. Il est certain que le droit de jouissance de l'usufruitier n'est pas le droit de jouissance du propriétaire : celui-ci a le droit d'*abuser* et de détruire, tandis que l'usufruitier doit conserver la substance de la chose qu'il est tenu de restituer. Même abstraction faite de l'abus, l'usufruitier n'a pas le droit de jouir avec la même étendue que le propriétaire : les mots *comme le propriétaire* impliquent une restriction tout ensemble et un droit. C'est dans cet esprit que le Tribunat les a proposés. Il y a d'abord des produits et même des fruits dont l'usufruitier ne jouit pas : tels sont les mines et les bois de haute futaie, à moins que le propriétaire n'en ait joui à titre de fruits. En second lieu, la jouissance, qui pour le propriétaire est toujours un *droit*, est aussi pour l'usufruitier une *obligation :* il *doit* jouir *en bon père de famille*. Enfin, il en doit jouir comme jouissait le propriétaire auquel il succède ; l'usufruitier ne peut pas faire d'innovation, quand même en ce qui le regarde, ce serait un acte d'un bon père de famille, tel que le défrichement d'un bois. La raison en est qu'il n'a qu'une jouissance temporaire ; à l'expiration de l'usufruit, le

(1) *Uti. Frui.*

propriétaire doit retrouver une jouissance égale à celle qu'il avait quand l'usufruit a commencé (n° 327). C'est ce que la loi entend par conserver la *substance* de la chose; par *substance*, en cette matière, on entend la forme. Cela résulte de la nature même de l'usufruit et de l'intention de celui qui le constitue. Si j'établis un usufruit sur un bois, quelle est mon intention? C'est que l'usufruitier jouisse du bois, comme tel, et qu'à la fin de l'usufruit, je rentre dans la jouissance du bois (n° 328).

555. L'usufruit peut être établi sur toute espèce de biens, meubles et immeubles (art. 581). Quand l'usufruit grève un immeuble, la loi le range parmi les droits réels immobiliers (art. 526); par identité de raison, l'usufruit d'une chose mobilière est un droit réel mobilier. Il y a entre l'usufruit mobilier et l'usufruit immobilier les mêmes différences qui existent entre les meubles et les immeubles en général. L'acte entre vifs qui constitue un usufruit immobilier doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers (loi hyp., art. 1); tandis qu'aucune publicité n'est requise pour l'établissement d'un usufruit mobilier. L'usufruit immobilier donne le droit de suite; si l'usufruit est mobilier, on applique la maxime de l'article 2279, en vertu de laquelle les droits réels ne peuvent pas être exercés contre un tiers possesseur de bonne foi. L'article 1141, que nous expliquerons au titre des *Obligations*, est une conséquence de l'article 2274; il s'applique également à la constitution d'un usufruit (n° 330).

L'usufruit peut être établi même sur des choses consomptibles. Cela est contraire à la rigueur des principes; l'usufruitier devant conserver la substance de la chose, on ne conçoit pas qu'il jouisse d'une chose consomptible, puisqu'il ne peut en jouir sans la consommer. Le droit romain a admis cette exception pour motif d'utilité, et le code l'a maintenue (n° 331). Pour marquer que ce n'est pas un véritable usufruit, on l'appelle *quasi-usufruit* (n° 331).

556. L'usufruit est établi par la loi ou par la volonté de l'homme (art. 579). Il appartient, en vertu de la loi, aux père et mère, sur les biens de leurs enfants mineurs (1). L'article 754 accorde encore au père ou à la mère survivant, qui concourt avec des collatéraux dans la succession ouverte par la mort de l'enfant, l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en pro-

(1) Voyez plus haut, n°s 325-330.

priété (n° 332). Au titre du *Contrat de mariage*, nous examinerons la question de savoir si l'on doit considérer comme un usufruit la jouissance de la communauté légale, et celle du mari sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal.

L'usufruit établi par la volonté de l'homme peut l'être ou par testament ou par acte entre-vifs, soit à titre onéreux, soit par donation. D'ordinaire il est établi par contrat de mariage, par l'un des époux au profit du conjoint survivant. Il remplace, dans ce cas, l'usufruit coutumier, connu sous le nom de *douaire*, que la plupart de nos coutumes établissaient au profit de la veuve (n° 334).

Quant aux conditions de capacité requises pour constituer un usufruit, on applique les principes qui régissent les servitudes (n° 335).

557. L'usufruit établi à titre gratuit est un acte solennel, puisque la donation et le testament sont des actes solennels. Le contrat de mariage est aussi un acte solennel; de sorte que l'usufruit est d'ordinaire un acte solennel; il en résulte que si les formes légales n'ont pas été observées, il n'y a point d'usufruit. Les actes à titre onéreux ne sont pas solennels; ils existent entre les parties, par cela seul qu'il y a concours de consentement des parties contractantes; l'écrit, si l'on en dresse un, ne sert que de preuve; par conséquent, la nullité de l'écrit n'a aucune influence sur le fait juridique qui y est constaté. Il suit de là que l'usufruit existera, bien que l'acte soit nul, pourvu que le contrat soit valable. Nous reviendrons sur ces principes au titre des *Obligations* (n° 339).

La loi hypothécaire du 16 décembre 1851 a prescrit une formalité nouvelle dans l'intérêt des tiers : « Tous actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs de droits réels immobiliers, doivent être transcrits sur un registre public par le conservateur des hypothèques; jusque-là ils ne pourront être opposés aux tiers qui auront contracté sans fraude. » Ce qui veut dire que les actes non transcrits sont censés ne pas exister à l'égard des tiers, ils n'ont d'effet qu'entre les parties. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Hypothèques*; il s'applique à l'usufruit établi sur un immeuble, puisque c'est un droit réel immobilier (n° 347). Si l'usufruit est constitué par testament, il n'y a pas lieu à transcription, puisque, dans le système de la loi belge, les dispositions testamentaires ne sont pas soumises à la publicité (n° 348).

558. L'usufruit ne peut être établi qu'à temps, il s'éteint à la mort de l'usufruitier (art. 617). La raison en est que la perpétuité de l'usufruit mettrait hors du commerce la chose grevée d'usufruit, l'usufruitier ne pouvant pas l'aliéner, et le nu propriétaire ne trouvant pas à vendre un droit inutile. Or, la loi veut que les biens restent dans le commerce. Cela est d'intérêt général, et les parties ne peuvent pas déroger à ce qui est d'ordre public (n° 352).

559. « L'usufruit peut être établi ou purement, ou à certain jour, ou à condition » (n° 354). C'est ce qu'on appelle les modalités de l'usufruit : elles sont importantes, parce qu'elles déterminent le jour de l'ouverture de l'usufruit. L'usufruit est pur et simple quand il est établi sans terme ni condition. S'il est constitué par acte entre-vifs, l'usufruit s'ouvre dès que le contrat est parfait; c'est le droit commun qui régit la transmission des droits réels par contrat. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations.* Si l'usufruit est établi par testament, le droit du légataire s'ouvre à la mort du testateur, mais il ne peut réclamer les fruits qu'à compter du jour de la demande en délivrance ou du jour où cette délivrance lui a été volontairement consentie (art. 1014). Nous expliquerons le principe au titre des *Donations et Testaments;* il s'applique au legs de l'usufruit (n° 356).

L'usufruit est conditionnel quand son existence dépend d'un événement futur et incertain; il ne s'ouvre que lorsque la condition est accomplie. Si l'usufruit est établi sous condition résolutoire, il s'ouvre immédiatement puisqu'il est pur et simple, mais la résolution en est conditionnelle; il sera donc résolu lorsque la condition viendra à s'accomplir. Nous établirons le principe au titre des *Obligations* (n° 359).

L'usufruit est toujours à terme, en ce sens que c'est un droit temporaire qui s'éteint au plus tard à la mort de l'usufruitier, ou après trente ans quand l'usufruitier est une personne dite civile (art. 619). L'usufruit est encore à terme quand, en vertu du titre constitutif, il ne doit commencer qu'à un certain temps; en réalité, cet usufruit est conditionnel, car l'usufruit étant un droit personnel, il faut que l'usufruitier vive au moment où le droit s'ouvre; s'il décède avant l'arrivée du terme, il ne peut plus recueillir la chose, et il ne peut transmettre son droit à ses héritiers, puisque la mort éteint son droit (n° 360).

§ II. *Droits de l'usufruitier.*

N° 1. DROITS GÉNÉRAUX.

Sommaire.

560. Les droits de l'usufruitier sont les mêmes, quel que soit le titre de l'usufruitier, la loi ou la volonté de l'homme; la source de l'usufruit ne change rien à la nature du droit. Il peut cependant y avoir des différences. L'usufruit légal est régi exclusivement par le titre du code civil sur l'Usufruit, tandis que le testateur et les parties contractantes peuvent déroger à la loi lorsque l'ordre public n'y est pas intéressé. Quand l'usufruit est établi par testament ou par convention, il faut consulter avant tout le titre constitutif; ce n'est que dans le silence du titre que l'on applique les dispositions du code civil. Au chapitre de l'Usage et de l'Habitation, il y a un article qui consacre ce principe : « Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue » (art. 628). Cela est de droit, et il était inutile de le dire (n° 362).

561. L'usufruitier a une action réelle contre tout détenteur de la chose grevée d'usufruit; c'est une conséquence de la réalité de son droit. L'action s'appelle action *confessoire;* elle est analogue à la revendication et régie par les mêmes principes. Elle reçoit aussi la même exception en ce qui concerne les meubles; aucune action réelle ne peut être formée contre un tiers possesseur de bonne foi d'objets mobiliers (art. 2279) (n° 364).

562. L'article 600 dit que l'usufruitier prend les choses dans l'état où elles se trouvent. Cela veut dire que l'usufruitier n'a aucune action contre le nu propriétaire pour l'obliger à mettre la chose dans un bon état de réparations. La loi donne ce droit au preneur contre le bailleur, parce que celui-ci s'oblige à faire jouir le locataire ou le fermier (art. 1719 et 1720); tandis que le

nu propriétaire est seulement tenu de laisser jouir l'usufruitier. Celui-ci a un droit réel de jouissance; c'est la chose qui est grevée, le propriétaire n'est pas obligé. C'est l'application du principe que le propriétaire du fonds servant n'est jamais tenu à faire (n° 371).

Le principe établi par l'article 600 a encore une autre conséquence; l'usufruitier, prenant la chose telle qu'elle est, la prend avec ses accessoires. Cela est incontestable en ce qui concerne les accessoires qui existaient lors de la constitution de l'usufruit. Les accessoires sont une dépendance nécessaire de la chose, et ne font qu'un avec elle; c'est la propriété de la chose telle qu'elle est qui est grevée d'usufruit; le démembrement de la propriété doit comprendre ce que comprenait la propriété entière, donc les accessoires. Par la même raison, l'usufruitier jouit aussi des accessoires qui se forment pendant la durée de l'usufruit; la loi le dit de l'alluvion (art. 596); il faut en dire autant de l'île. En effet, l'île appartient au propriétaire à titre d'accession du lit, donc elle doit appartenir à l'usufruitier pour la jouissance, car son droit de jouissance s'étend à tout ce que comprend la propriété dont il est un démembrement (n°s 372 et 373).

Par application du même principe, l'usufruitier jouit des servitudes dont jouissait le propriétaire (art. 597). Ce sont des qualités du fonds au profit duquel elles sont établies, et l'usufruitier jouit du fonds tel qu'il est. Il en serait de même, et par identité de raison, des servitudes que le nu propriétaire acquerrait pendant la durée de l'usufruit (n° 374).

563. L'usufruitier a le droit de jouir. Quelle est l'étendue de ce droit? Le code n'a pas de règle certaine à cet égard. L'article 582 dit que l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits que peut produire la chose dont il a l'usufruit. Cela n'est pas exact. Les arbres sont des fruits, néanmoins l'usufruitier n'a pas de droit sur les arbres de haute futaie (art. 592). En théorie, il faudrait dire que l'usufruitier a droit à tous les produits qui laissent la substance intacte. Le code suit ce principe, mais il s'en écarte en ce qui concerne les mines, et même la haute futaie, quand elle est mise en coupe réglée (n° 376).

L'article 598 porte que l'usufruitier n'a aucun droit au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit. La

propriété du trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds (art. 716), donc au propriétaire. A ce titre, l'usufruitier n'y a aucun droit; car le trésor n'est pas un accessoire du fonds, ce n'est ni un fruit, ni un produit. Si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour la moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. L'usufruitier peut réclamer la moitié du trésor, en toute propriété, quand il est inventeur; quant à la moitié qui est attribuée au propriétaire, il n'y a aucun droit de jouissance par le motif que nous venons de dire (n° 382).

N° 2. DES FRUITS.

Sommaire.

564. Nous avons exposé les notions élémentaires concernant les fruits, au titre de la *Propriété* (1). Ici il s'agit des droits de l'usufruitier. « Les fruits naturels et industriels pendants par branche ou par racines ,au moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier » (art. 585). La loi suppose que l'usufruitier les perçoit, car il ne gagne les fruits que par la perception; s'il ne les a pas perçus, on applique la suite de l'article 585 : « Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire. »

Le droit de l'usufruitier et du propriétaire aux fruits soulève une difficulté que l'article 585 a eu pour objet de trancher. L'usufruitier qui perçoit les fruits pendants lors de l'ouverture de son droit, doit-il récompense au propriétaire des frais de labours et de semences, et le propriétaire qui perçoit les fruits pendants à la fin de l'usufruit, doit-il récompense de ces frais à l'usufruitier? La loi décide qu'il n'est dû de récompense de part ni d'autre. C'est une innovation à l'ancien droit et une dérogation aux vrais principes. L'équité demande que celui qui profite des frais de culture en doive récompense. Cela était admis par Pothier pour

(1) Voyez plus haut, n° 557.

les frais faits par l'usufruitier. Quant aux impenses faites par le propriétaire, l'usufruitier ne s'en enrichit pas aux dépens du propriétaire, puisque celui-ci, en constituant l'usufruit, a donné le fonds dans l'état où il se trouve, si l'usufruit est établi à titre gratuit, et s'il est constitué à titre onéreux, le vendeur aura eu soin de s'indemniser par le prix qu'il stipule. Tels sont les vrais principes ; il n'y avait pas de bonne raison pour y déroger (n° 383).

Après avoir établi le principe que les fruits pendants à l'ouverture ou à la fin de l'usufruit appartiennent à l'usufruitier ou au propriétaire, l'article 585 ajoute : « sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit ». C'est l'application du principe que l'usufruitier doit maintenir les baux faits par le propriétaire, et que le propriétaire doit maintenir les baux faits par l'usufruitier. Peu importe quel est le bail. Dans le bail à colonage, les fruits se partagent entre le colon et le bailleur, d'ordinaire par moitié : s'il y a un colon sur le fonds, au moment où l'usufruit s'ouvre, il partage les fruits avec l'usufruitier, conformément à son bail : s'il y en a un au moment où l'usufruit finit, il partagera les fruits avec le propriétaire aussi longtemps que le bail durera. Cela allait sans dire (n° 386).

565. L'usufruitier gagne les fruits naturels par la perception. Le principe conduit à des conséquences que l'équité repousse. Si l'usufruit s'ouvre au moment où les récoltes vont se faire, et s'il s'éteint quand elles sont faites, l'usufruitier gagne tous les fruits pendant un ou deux mois, et le propriétaire n'aura tiré aucun profit de son fonds pendant une année entière. Par contre, si l'usufruit s'ouvre après que la récolte est faite, et s'il cesse avant la récolte nouvelle, l'usufruitier n'aura perçu aucun fruit, et on ne lui tiendra pas même compte des frais de labour. C'est une conséquence logique des principes ; mais quand les principes aboutissent à des iniquités, le législateur y doit déroger. Les auteurs du code le font d'habitude, il auraient dû le faire en cette matière (n° 392).

566. « Les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit » (art. 586). Quelle est la raison de la différence que la loi établit entre les fruits civils et les fruits naturels ? On dit que

la jouissance des fruits civils est journalière et pour ainsi dire de tous les instants, tandis qu'on ne perçoit pas les fruits naturels tous les jours. A vrai dire, la jouissance journalière des fruits civils est une fiction. Que j'aie droit à une récolte qui vaut mille francs, ou à un fermage de la même somme, ma jouissance n'est pas plus journalière dans le dernier cas que dans le premier; la jouissance étant identique, les droits devraient aussi être les mêmes (nº 394).

L'article 586 ajoute que la règle de l'acquisition des fruits civils s'applique au prix des baux à ferme, comme au loyer des maisons et aux autres fruits civils. Ceci est une innovation. Dans l'ancien droit, les fermages étaient, à la vérité, considérés comme fruits civils, mais comme ils représentaient les fruits naturels auxquels l'usufruitier n'a droit que par la perception, on appliquait aux fermages le principe des fruits naturels, c'est-à-dire que l'usufruitier n'y avait droit que lorsque le fermier avait perçu les fruits. D'après le code civil, l'usufruitier gagne les fermages comme les loyers, indépendamment de l'époque de la perception. Il n'y a pas de bonnes raisons de l'innovation; le droit de l'usufruitier étant un seul et même droit devrait toujours être proportionnel à la durée de sa jouissance, quels que soient les fruits. Le code met fin à l'anomalie qui existait pour les loyers et les fermages; mais il en crée une nouvelle pour les fruits naturels, perçus par l'usufruitier et les fermages qui représentent ces fruits (nº 395). L'usufruitier qui cultive lui-même et qui perçoit tous les fruits les gagne tous, quand même son usufruit ne durerait qu'un mois; tandis que, s'il avait donné ses biens à ferme, il n'aurait droit qu'à un douzième des fermages.

Nº 3. RÈGLES SPÉCIALES POUR CERTAINES CHOSES MOBILIÈRES.

Sommaire.

567. De l'usufruit des choses qui se détériorent par l'usage.
568. De l'usufruit des choses qui se consomment par l'usage.
569. De l'usufruit d'une rente viagère.

567. « Si l'usufruit comprend des choses qui se détériorent peu à peu par l'usage, comme du linge, des meubles meublants, l'usufruitier a le droit de s'en servir pour l'usage auquel elles sont

destinées » (art. 589). C'est l'application du principe que l'usufruitier jouit comme le propriétaire; or on ne peut pas jouir sans user plus ou moins les choses que l'on emploie; il en est même ainsi des maisons, malgré les réparations d'entretien que l'on y fait. Si l'usufruitier n'avait pas le droit de jouir des choses qui s'usent, son droit se réduirait à rien ou à peu de chose (n° 403). L'article 589 ajoute que « l'usufruitier doit rendre les choses dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute ». « Dans l'état où elles se trouvent », c'est-à-dire usées et diminuées par l'effet de l'usage. L'usufruitier répond du dol, c'est le droit commun; il répond aussi de sa faute, d'après le droit commun, comme nous le dirons plus loin (n° 405).

568. Nous avons dit (1), que le code admet, pour cause d'utilité, le quasi-usufruit, c'est-à-dire l'usufruit des choses qui se consomment par l'usage (art. 587). Ce n'est pas un usufruit véritable, puisque le quasi-usufruitier a le droit de détruire la chose en la consommant; il doit rendre, à la fin de l'usufruit, des choses de même quantité, qualité et valeur, *ou leur estimation*. Comment faut-il entendre le mot *ou?* La loi prévoit deux hypothèses, l'une dans laquelle les choses ne sont pas estimées, et l'autre dans laquelle elles sont livrées sur estimation. Si elles n'ont pas été estimées, l'usufruitier rendra ce qu'il a reçu, c'est-à-dire des choses de même quantité et qualité. C'est par erreur que la loi ajoute : de même valeur. Le prix des denrées change d'un instant à l'autre, il est donc impossible que l'usufruitier restitue la même quantité ayant la même valeur. C'est pour échapper à ces variations que les parties estiment les choses, avec cet effet que l'estimation vaut vente : telle est certainement l'intention du propriétaire qui livre des denrées sur estimation, et l'usufruitier consent à les recevoir avec cette condition (nos 408 et 409).

569. L'usufruit peut être établi sur une rente viagère. Il y a, dans ce cas, doute sur le point de savoir en quoi consiste la substance de la chose que l'usufruitier doit conserver et rendre. Le code décide que c'est le droit à la rente; c'est ce droit qui doit être restitué. Quant aux arrérages, ils sont le produit du droit, l'usufruitier en jouit à titre de fruits civils (art. 588). Il est difficile de justifier ce principe. Les arrérages d'une rente viagère

(1) Voyez, plus haut, n° 555.

sont en partie des intérêts, et en partie un capital. Si je place un capital de 10,000 francs en rente viagère, je reçois, outre l'intérêt légal, une somme annuelle qui varie d'après mon âge et ma santé, et qui est une fraction du capital, lequel est perdu pour le crédirentier. Donc l'usufruitier en gagnant les arrérages, gagne une partie du capital. Quant au droit à la rente que le code considère comme la substance de la chose, il diminue, par chaque jour de jouissance, pour s'éteindre à la mort. L'usufruitier ne devrait donc avoir droit qu'à la partie des arrérages qui représente les intérêts (art. 424).

N° 4. DE L'USUFRUIT DES BOIS.

Sommaire.

570. Tous les arbres sont des fruits, puisque tout arbre est une plante. Néanmoins l'usufruitier n'a droit qu'aux bois taillis et aux futaies, il n'a pas droit aux arbres de haute futaie. La raison en est qu'il doit jouir comme jouissait le propriétaire; or le propriétaire ne jouit, à titre de fruits, que des bois destinés à être taillés, soit pour son service, soit pour la vente. Quant aux arbres de haute futaie, le propriétaire ne les coupe pas, il les laisse grandir et vieillir, comme un ornement du fonds, ou comme un capital qu'il tient en réserve. En conséquence l'usufruitier jouit des bois taillis; il n'a pas droit aux arbres de haute futaie, il doit les laisser pour l'ornement du fonds, et il ne peut pas les employer comme capitaux, puisqu'il n'a pas droit aux capitaux. Il y a exception quand le propriétaire exploitait les bois de haute futaie comme on exploite les taillis, en les mettant en coupe réglée : l'usufruitier continue alors la jouissance du propriétaire (n[os] 428 et 429).

Reste à savoir quand un bois est taillis et quand il est haute futaie. D'après l'ordonnance de 1669, le bois ne pouvait être coupé avant l'âge de dix ans; de dix ans à quarante, il était qua-

lifié de taillis; à quarante ans, il était réputé futaie, et à soixante ans, haute futaie. Mais le titre XXVI, qui trace ces règles, n'a pas été publié en Belgique, et en France, il paraît être tombé en désuétude. Dans le silence du code, il faut consulter les usages locaux, puisque tout dépend des diverses essences de bois, et de leur croissance plus ou moins rapide (nº 429).

571. « Si l'usufruit comprend des bois taillis, l'usufruitier est tenu d'observer l'ordre et la quotité des coupes, conformément à l'aménagement ou à l'usage constant des propriétaires » (art. 590). On entend par aménagement la division du bois en coupes, l'ordre dans lequel elles doivent être faites, la fixation de l'âge auquel chacune doit avoir lieu, et la détermination de leur étendue respective.

Régulièrement tout bois doit être aménagé; car pour qu'un taillis se reproduise, il faut qu'il soit exploité successivement et dans un certain ordre. Cet ordre est obligatoire pour l'usufruitier. C'est l'application du principe qui régit sa jouissance : il faut qu'à la fin de l'usufruit, le propriétaire retrouve une jouissance égale à celle que l'usufruitier a reçue lors de l'ouverture de son droit, ce qui suppose une exploitation régulière (nº 431).

Il se peut qu'il n'y ait pas d'aménagement régulier. Si la jouissance du propriétaire était abusive, il est évident que l'usufruitier ne peut pas la continuer, puisqu'il doit jouir en bon père de famille. Il doit jouir, dans ce cas, d'après l'usage constant des autres propriétaires, et, au besoin, il commencera un aménagement (nº 432).

L'usufruitier a-t-il droit aux baliveaux, c'est-à-dire aux arbres de l'âge du taillis réservés lors de la coupe? En principe, non; car une réserve est un capital et non un fruit. Cependant l'article 590 suppose que l'usufruitier peut avoir droit aux baliveaux; il en serait ainsi si, à raison de l'étendue du bois et de la quantité des baliveaux, le propriétaire les exploitait régulièrement d'après un aménagement; on rentre alors dans la règle d'après laquelle l'usufruitier a le droit de jouir comme le propriétaire (nº 433).

572. « L'usufruitier profite encore des parties de bois de haute futaie qui ont été mises en coupes réglées » (art. 591). L'article 592 ajoute : « Dans tous les autres cas, l'usufruitier ne peut

toucher aux arbres de haute futaie ». En principe, il n'y a donc aucun droit. Il a reçu une haute futaie, que le propriétaire n'exploitait pas comme un bois, il doit rendre une haute futaie. Mais si le propriétaire a considéré la futaie comme un fruit, l'usufruitier peut continuer sa jouissance. L'article 591 détermine dans quel cas la haute futaie est un fruit : il faut que les bois aient été mis en coupes réglées, soit que ces coupes se fassent périodiquement, sur une certaine étendue de terrain, soit qu'elles se fassent d'une certaine quantité d'arbres pris indistinctement sur toute la surface du domaine. Ces termes ne sont pas restrictifs ; le commencement de l'article le prouve : la loi veut que l'on consulte les usages des anciens propriétaires, c'est-à-dire de ceux qui ont joui comme propriétaires. C'est donc une question de fait : les propriétaires ont-ils fait des coupes à titre de capital, comme ils disposeraient d'une somme tenue en réserve, l'usufruitier est sans droit : mais si les propriétaires ont considéré la haute futaie comme une source de revenus réguliers, l'usufruitier peut continuer cette jouissance (n° 434).

573. Si l'usufruitier néglige de faire une coupe à laquelle il avait droit, il ne peut réclamer aucune indemnité pour les coupes de taillis, de baliveaux ou de futaies qu'il n'aurait pas faites pendant sa jouissance (art. 590). C'est l'application du principe général d'après lequel l'usufruitier ne gagne les fruits que par la perception. Les fruits non perçus font partie du fonds et appartiennent par conséquent au propriétaire (n° 439).

574. Quand les bois de haute futaie ne sont pas aménagés, l'usufruitier n'y a que les droits déterminés par l'article 592 : « Il peut employer, pour faire les réparations dont il est tenu, les arbres arrachés ou brisés par accident ; il peut même, pour cet objet, en faire abattre, s'il est nécessaire, mais à charge d'en constater la nécessité avec le propriétaire ». Cela est de tradition, mais cela est peu juridique. L'usufruitier, tenu de faire les réparations, doit les faire à ses frais, tandis que, s'il y a des bois, il les fait, en partie du moins, aux frais du propriétaire (n° 441).

L'usufruitier peut encore prendre dans les bois des échalas pour les vignes qui font partie du fonds grevé d'usufruit. Cela est est aussi de tradition ; l'article 593 le dit : « le tout suivant l'usage du pays ou la coutume des propriétaires ».

Le même article dit que l'usufruitier peut encore prendre sur les arbres les produits annuels ou périodiques. Ce sont des fruits naturels qui, à ce titre, appartiennent à l'usufruitier, en vertu du droit commun : tels sont les olives, les noix, les pommes, les châtaignes, ainsi que la tonte des haies et des arbres (nº 444).

575. L'article 590 porte que « lesarbres que l'on peut tirer d'une pépinière sans la dégrader ne font partie de l'usufruit qu'à la charge par l'usufruitier de se conformer aux usages des lieux pour le remplacement ». C'est le droit commun : l'usufruitier jouit des pépinières d'après leur destination ; or, elles sont établies pour qu'on en retire de jeunes plants. Mais l'usufruitier est aussi tenu de les entretenir, puisqu'il doit jouir en bon père de famille ; donc il doit remplacer les plants, en se conformant aux usages et aux règles d'une bonne culture (nº 445).

« Les arbres fruitiers qui meurent, ceux même qui sont arrachés ou brisés par accident, appartiennent à l'usufruitier, à la charge de les remplacer par d'autres » (art. 594). L'obligation de remplacer les arbres fruitiers découle du droit commun, d'après lequel l'usufruitier doit jouir en bon père de famille. Cette charge explique le droit que la loi lui accorde sur le bois mort ; à la rigueur, on aurait pu le lui contester, car, légalement parlant, les arbres fruitiers ne sont pas des fruits, puisqu'ils ne sont pas destinés à être coupés (nº 446).

Nº 6. DE L'USUFRUIT DES MINES.

Sommaire.

576. « L'usufruitier jouit, de la même manière que le propriétaire, des mines et carrières qui sont en exploitation lors de l'ouverture de l'usufruit ; il n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes » (art. 598). On dit que cette disposition est une conséquence du principe que l'usufruitier jouit comme le propriétaire, en conservant la substance de la chose. Cela n'est pas exact ; l'usufruitier jouit comme le propriétaire sans doute, mais il a seulement droit aux fruits, il n'a aucun droit sur

le capital; or les produits des mines sont une partie du fonds; l'usufruitier, en exploitant la mine, épuise la substance de la chose au lieu de la conserver (n° 448). D'après les vrais principes, les mines et carrières ne devraient pas être comprises dans l'usufruit, sauf à l'usufruitier à jouir de l'intérêt du capital extrait de la terre, comme il jouit de tous autres capitaux.

Pour que l'usufruitier jouisse des mines et carrières, il faut qu'elles soient en exploitation. Cette condition est une question de fait et d'intention. Le droit de l'usufruitier repose sur la jouissance du propriétaire; or, la jouissance est un fait. Il faut de plus que le propriétaire ait eu l'intention d'employer le capital de la mine, pour s'en faire un revenu; c'est seulement alors qu'on peut dire que l'usufruitier jouit comme le propriétaire (n° 449).

L'article 598 ajoute : « Néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission de l'empereur. » Cette disposition se rapporte à la loi du 28 juillet 1791, sous l'empire de laquelle le code civil a été publié. La loi de 1791 n'exigeait l'autorisation que lorsque le propriétaire exploitait au delà de cent pieds de profondeur; il en était de même de l'usufruitier, d'après l'article 598. La loi de 1810 a dérogé au code civil; elle exige une concession pour toute exploitation; par contre, la concession une fois accordée est une propriété que le propriétaire peut transmettre, sans l'intervention du gouvernement; il suit de là que l'usufruitier, pas plus que l'acheteur, ne doit être autorisé (n° 451).

577. L'usufruitier n'a aucun droit aux mines non encore ouvertes (art. 598). Il est sur la même ligne que tout tiers; il peut demander la concession de la mine; s'il l'obtient, ses droits et obligations seront ceux de tout concessionnaire. Il devra donc payer une redevance au propriétaire; la redevance représente la jouissance, à laquelle, dans l'espèce, l'usufruitier n'a aucun droit (n° 452).

578. « L'usufruitier n'a aucun droit aux carrières non encore ouvertes, ni aux tourbières dont l'exploitation n'est pas encore commencée » (art. 598). On applique les principes que nous venons d'exposer (n° 577).

§ III. *Mode de jouissance de l'usufruitier.*

N° 1. DROIT D'ADMINISTRATION.

Sommaire

579. Le code ne dit pas que l'usufruitier a le droit d'administration; il l'a, par cela seul qu'il a le droit de jouir. En effet, la jouissance implique l'administration. Voilà pourquoi la loi donne d'ordinaire à ceux qui ont la jouissance des biens d'autrui le droit de les administrer. C'est, à certains égards, une obligation; ils doivent jouir en bons pères de famille; ce qui implique le droit de consentir un bail, et l'obligation de réparer les biens, tous actes d'administration. Le code donne ces droits au mari, usufruitier des biens de sa femme; il les donne aussi directement ou indirectement à l'usufruitier, donc celui-ci a, comme le mari, le droit d'administration (n° 455).

580. « L'usufruitier peut jouir par lui-même ou donner à ferme à un autre » (art. 595). La loi se sert de l'expression *bail à ferme,* pour désigner toute espèce de bail (art. 450, 602). Peut-être le législateur l'emploie-t-il parce que ce sont surtout les biens ruraux que l'usufruitier doit avoir le droit de donner à bail, car il peut être incapable de les exploiter lui-même. Le droit de donner à bail résulte donc du droit de jouissance; il était même inutile de le consacrer; si la loi en parle, c'est pour déterminer la durée des baux que l'usufruitier peut faire et l'époque du renouvellement (n° 457).

Dans l'ancien droit, conformément au droit romain, les baux consentis par l'usufruitier cessaient de plein droit à la fin de l'usufruit, de sorte que le propriétaire, quand il rentrait en jouissance, pouvait expulser le locataire ou le fermier. C'était une application rigoureuse des principes. L'usufruitier n'a qu'un droit temporaire, il ne peut donc concéder qu'un bail temporaire; son droit cessant, les droits par lui concédés doivent cesser aussi. Le code maintient ce principe pour les actes de disposition, tels que l'hypothèque (art. 2118); il y déroge pour les baux (art. 595),

en permettant à l'usufruitier de consentir des baux de neuf ans, baux qui sont obligatoires pour le propriétaire quand l'usufruit vient à cesser. La dérogation est fondée sur l'intérêt des parties et sur l'intérêt général. Quand le preneur n'est pas assuré d'achever son bail, il traitera à des conditions désavantageuses pour le bailleur; le fermier ne cultivera pas avec le soin qu'il y mettrait s'il avait la certitude de profiter des améliorations qu'il fait; le locataire ne fera pas les réparations qu'il ferait s'il était sûr d'en jouir. Il est donc de l'intérêt des parties que le bail soit maintenu, et il est aussi de l'intérêt public que les biens soient cultivés avec soin et que les constructions soient conservées en bon état (n° 458).

Toutefois la loi limite le pouvoir de l'usufruitier; elle lui permet seulement de faire des baux d'une durée ordinaire de neuf ans. Un bail de neuf ans suffit pour sauvegarder tous les intérêts; tandis qu'un long bail compromettrait le droit du propriétaire, puisqu'il entraverait son droit de disposition et de jouissance. Si l'usufruitier faisait un bail plus long, de dix-huit ou de vingt-sept ans, il ne serait obligatoire pour le nu propriétaire, à l'extinction de l'usufruit, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le preneur n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve (art. 595 et 1429). Ainsi la limitation de la durée des baux est uniquement établie dans l'intérêt du nu propriétaire, et n'a d'effet qu'à l'extinction de l'usufruit. Pendant la durée de l'usufruit, les baux s'exécutent, quelle que soit leur durée, et à l'extinction de l'usufruit, le propriétaire seul a le droit d'en demander la réduction, le preneur ne l'a pas. Les baux de plus de neuf ans ne sont donc pas nuls, ils sont seulement réductibles dans l'intérêt du propriétaire.

Quand l'usufruitier a fait un bail, il ne peut le renouveler ou en passer un nouveau, plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons; les baux renouvelés avant ces époques sont sans effet à l'égard du propriétaire, à moins que leur exécution n'ait commencé avant l'expiration de l'usufruit (art. 595 et 1430). Cette seconde restriction est une conséquence

de la première, et elle a le même effet ; le propriétaire seul peut s'en prévaloir, à la fin de l'usufruit (nos 459, 461, 462).

581. L'usufruitier peut vendre l'usufruit ou le céder à titre gratuit (art. 595). C'est l'application du droit commun. Toute chose peut être vendue si elle est dans le commerce (art. 1698), et tous les biens sont, en principe, dans le commerce. On a objecté que l'usufruit étant attaché à la personne de l'usufruitier, celui-ci n'en peut céder que l'exercice. La loi ne s'exprime pas ainsi, elle dit que l'usufruitier peut vendre ou donner *son droit :* donc le cessionnaire devient usufruitier. Sans doute cet usufruit s'éteindra par la mort du cédant ; la raison en est très-simple ; c'est qu'il cède un droit qui doit s'éteindre par sa mort, et le cessionnaire ne peut avoir d'autre droit que le cédant (n° 474).

Il suit de là que les créanciers de l'usufruitier peuvent aussi saisir le droit d'usufruit : le *droit*, et non les biens grevés d'usufruit. Les créanciers ne peuvent saisir que les biens de leur débiteur ; or l'usufruitier n'est pas propriétaire des biens grevés d'usufruit ; ils appartiennent au nu propriétaire (n° 475).

N° 2. DROITS DE L'USUFRUITIER QUAND IL JOUIT LUI MÊME DE LA CHOSE.

Sommaire.

582. L'usufruitier peut-il changer pour améliorer ?
583. Des constructions et plantations.

582. L'usufruitier peut-il faire des changements dans la chose ? Il y a deux principes en conflit en cette matière. L'usufruitier peut améliorer, c'est plus qu'un droit, c'est un devoir, puisqu'il doit jouir en bon père de famille. D'un autre côté, il doit conserver la substance de la chose, et par substance on entend la forme. En faut-il conclure que l'usufruitier ne peut améliorer la chose que sous la condition de n'en pas changer la forme ? C'était l'avis de Pothier ; il décidait en conséquence que l'usufruitier ne pouvait pas agrandir les fenêtres. Domat établit un principe beaucoup plus large : l'usufruitier peut améliorer, dit-il, mais il ne peut faire de changement qui empire le droit du propriétaire ; il peut donc changer la culture, quand le changement améliore le fonds et en augmente le revenu. La jurisprudence ancienne était en ce sens, et il faut la suivre sous l'empire du

code civil. L'esprit qui domine dans notre droit, c'est l'équité coutumière; l'équité l'emporte sur la rigueur du droit. La question, comme le dit Domat, est une question de fait : le juge décidera d'après l'utilité que le changement procure au fonds, en tenant compte aussi des droits du propriétaire. C'est une conciliation de droits opposés qui est très-difficile. La jurisprudence s'inspire de l'équité plus que du droit strict (n[os] 481-484).

583. L'usufruitier peut-il élever des constructions sur le fonds grevé d'usufruit? L'affirmative n'est pas douteuse; puisque l'usufruitier a le droit de jouir, il doit avoir le droit de construire pour augmenter sa jouissance. Dans l'opinion générale, on ajoute une restriction au droit de l'usufruitier, c'est que la construction doit être nécessaire à sa jouissance. De sorte que le propriétaire aurait le droit de demander la destruction des constructions qui ne seraient pas nécessaires. A notre avis, le propriétaire est sans droit pendant la durée de l'usufruit; il n'a pas le droit de jouir, c'est l'usufruitier qui a la jouissance; tout ce que le propriétaire peut demander, c'est qu'à la fin de l'usufruit on lui rende une jouissance égale à celle qu'il avait lors de l'ouverture de l'usufruit. C'est sur les droits et obligations de l'usufruitier à la fin de l'usufruit que porte la difficulté (n° 485).

L'article 599 est ainsi conçu : « L'usufruitier ne peut, à la cessation de l'usufruit, réclamer aucune indemnité pour les *améliorations* qu'il prétendrait avoir faites, encore que la valeur de la chose en fût augmentée. » Que faut-il entendre par *améliorations?* Le code donne des exemples dans la suite de l'article : « Il peut cependant, ou ses héritiers, enlever les glaces, tableaux et autres ornements qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état. » Il y a des améliorations qui ne se détachent pas du fonds : tels sont les engrais que l'usufruitier a mis dans une bruyère pour la fertiliser, telles sont les peintures qui embellissent une maison d'habitation. L'usufruitier n'a droit, dans tous ces cas, à aucune indemnité. L'orateur du Tribunat en dit la raison : c'est pour son agrément ou son utilité que l'usufruitier agit en faisant ce qu'un bon père de famille aurait fait à sa place (n° 486).

L'article 599 s'applique-t-il aux constructions? Non, à notre avis. Le mot *améliorations* embrasse parfois les constructions

(art. 861, 1437, 1637, 2133 et 2175), mais les motifs que l'on a donnés pour justifier l'article 599 s'opposent à ce qu'on y comprenne les constructions faites par l'usufruitier. On lit dans le discours de l'orateur du Tribunat que les *améliorations* sont le résultat naturel d'une jouissance éclairée et d'une administration sage et vigilante. Cela implique un mode de jouir et d'administrer, et non le fait de construire. L'orateur dit encore que l'usufruitier ne peut grever le propriétaire de *répétitions* qui lui seraient onéreuses; cela suppose des améliorations inhérentes au fonds, et qui ne peuvent en être détachées. Telles ne sont pas les constructions, car l'usufruitier peut, à la rigueur, les démolir et enlever les matériaux (n° 487). C'est là, dans le silence de la loi, le seul droit qui appartienne à l'usufruitier; et c'est aussi là son obligation, si le propriétaire l'exige. Il a reçu un terrain non bâti, et il doit rendre la chose dans l'état où il l'a reçue; le propriétaire peut donc le forcer à démolir. Le propriétaire n'a pas le droit de retenir les constructions, conformément à l'article 555, car l'usufruitier n'est pas un tiers possesseur dans le sens de cette disposition. C'est au propriétaire de s'entendre avec l'usufruitier, lequel, de son côté, a intérêt à abandonner les constructions au propriétaire (n° 490).

§ IV. *Des obligations de l'usufruitier.*

N° 1. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER AVANT D'ENTRER EN JOUISSANCE.

Sommaire.

584. De l'obligation de faire inventaire.
585. De l'obligation de donner caution.
586. Quelle est la sanction de cette obligation?

584. « L'usufruitier ne peut entrer en jouissance qu'après avoir fait dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles » (art. 600). C'est une garantie de l'obligation que la loi impose à l'usufruitier de conserver la substance de la chose, pour la rendre au nu propriétaire à la fin de l'usufruit. Il faut que l'on sache ce qu'il doit conserver et rendre; de là la nécessité d'inventorier les meubles et de constater l'état des immeubles. Ces formalités doivent se remplir en présence du propriétaire ou lui dûment appelé. Puisqu'il s'agit d'une garantie en faveur du pro-

priétaire, il est naturel que la loi prescrive sa présence, afin qu'il puisse veiller à ses intérêts. Comme la loi n'exige pas d'actes authentiques, l'on admet que des actes sous seing privé suffiraient; la présence du propriétaire rend inutile l'intervention d'un officier public (nos 492 et 493.)

La loi dit que l'usufruitier ne peut *entrer en jouissance* tant qu'il n'y a ni inventaire ni état. Cela veut dire d'abord que le nu propriétaire ne doit pas lui faire la délivrance des biens; sur ce point, tout le monde est d'accord. Cela veut encore dire que l'usufruitier ne peut commencer à jouir, et que, partant, il ne gagnera pas les fruits : tel est le sens littéral de la loi, et il faut s'en tenir au texte, parce qu'il est clair (n° 501).

585. « L'usufruitier donne caution de jouir en bon père de famille » (art. 601). Il faut entendre par là non-seulement la jouissance proprement dite, mais aussi l'obligation de restitution. La tradition est en ce sens; or, l'obligation de donner caution est une disposition traditionnelle; elle a été introduite pour le quasi-usufruit, parce que c'est surtout quand l'usufruitier peut disposer de la chose que le nu propriétaire a besoin de garanties. Il faut donc généraliser la disposition de l'article 601, et dire que l'usufruitier donne caution pour garantir toutes les obligations qu'il contracte en ce qui concerne les choses grevées d'usufruit (n° 505).

La caution que l'usufruitier doit fournir étant prescrite par la loi, il faut appliquer l'article 2040 concernant le cautionnement légal. Nous reviendrons sur cette disposition au titre du *Cautionnement* (n° 507).

L'obligation de fournir caution souffre exception 1° quand l'usufruitier en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit; c'est uniquement dans l'intérêt du nu propriétaire que l'obligation est établie et partant il y peut renoncer (n° 513); 2° les père et mère, ayant l'usufruit légal des biens de leurs enfants, ne doivent pas donner caution; nous renvoyons à ce qui a été dit de l'usufruit légal (1); 3° le donateur sous réserve de l'usufruit des biens donnés; le donataire recevant un bienfait, il ne convient pas qu'il exige du donateur une garantie qui est une mesure de défiance, et le donateur n'entend pas s'obliger à fournir cette

(1) Voyez plus haut, n° 329.

garantie; l'exception est donc fondée sur l'intention des parties contractantes (n° 511); 4° le vendeur, avec réserve d'usufruit. Il est difficile de justifier cette dispense. Les raisons que l'on donne se réduisent à dire que la garantie est inutile, puisque l'acheteur l'aurait stipulée s'il l'avait jugée nécessaire; mais le silence des parties reçoit encore une autre interprétation, c'est qu'il est inutile de stipuler ce qui est écrit dans la loi; garder le silence sur le cautionnement, c'est donc s'en rapporter à la loi, et non y déroger (n° 512).

586. Quelle est la sanction de l'obligation de donner caution? On demande d'abord si le nu propriétaire peut refuser la délivrance, tant que l'usufruitier n'a pas donné caution. La loi ne le dit pas, mais l'affirmative résulte implicitement des mesures prescrites par les articles 602 et 603; les immeubles étant mis sous séquestre quand l'usufruitier ne donne pas caution, il est évident que l'usufruitier ne peut pas se mettre en possession. Cela est aussi fondé en raison; la caution garantit la gestion, elle doit donc être donnée avant que la gestion de l'usufruitier commence (n° 520). Cela n'empêche pas l'usufruitier d'avoir droit aux fruits (art. 602 et 604); l'usufruitier peut ne pas trouver de caution : il n'y a pas de reproche à lui faire, ni de motif pour le priver de la jouissance (n° 521).

« Si l'usufruitier ne trouve pas de caution, les immeubles sont donnés à ferme ou mis en séquestre » (art. 602). On entend ici par séquestre, non le dépôt d'une chose contentieuse, mais un dépôt judiciaire, avec charge d'administrer. Ces mesures se prennent dans l'intérêt et sur la demande du nu propriétaire; il va sans dire qu'il y peut renoncer. Les denrées sont vendues, ainsi que les meubles qui dépérissent par l'usage; ceux qui ne sont pas sujets à dépérir restent au nu propriétaire à charge de tenir compte à l'usufruitier du profit qu'il en retire. Le tribunal peut autoriser l'usufruitier à garder les meubles qui sont nécessaires pour son usage; il les reçoit sous sa simple caution juratoire, c'est-à-dire que l'usufruitier doit prêter serment de jouir en bon père de famille, et de représenter les meubles à l'expiration de l'usufruit, bien entendu s'ils n'ont pas péri par cas fortuit; il ne répond que de sa faute, comme tout débiteur d'un corps certain. Les deniers provenus de la vente des denrées et

des meubles, ainsi que les sommes comprises dans l'usufruit sont placés. L'usufruitier reçoit les intérêts, de même que les loyers et les fermages (art. 602-604) (nos 522 et 523).

N° 2. DES OBLIGATIONS DE L'USUFRUITIER PENDANT LA JOUISSANCE.

Sommaire.

587 Responsabilité de l'usufruitier.
588. L'usufruitier est responsable comme gardien.
589. L'usufruitier doit entretenir la chose.
590. Application du principe à l'usufruit des animaux.
591. L'usufruitier est tenu des réparations d'entretien des bâtiments et le nu propriétaire des grosses réparations.
592. Peuvent-ils être contraints de les faire ?
593. *Quid* si la chose vient à périr par vétusté ou par cas fortuit?

587. L'usufruitier doit jouir en bon père de famille (art. 600). Ce sont les termes dont se sert l'article 1137 ; il faut donc dire qu'il répond de la faute dont tout débiteur est responsable (n° 526). De ce que l'usufruitier doit jouir en bon père de famille, il ne faut pas induire qu'il peut faire tous actes qu'un bon père de famille a le droit de faire. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1), sur les limites dans lesquelles l'usufruitier peut améliorer la chose, en changeant la forme (n° 525).

L'usufruitier répond de sa faute, mais il ne répond pas du cas fortuit. C'est l'application du principe que le cas fortuit frappe le propriétaire; or, quand une chose est grevée d'usufruit, la propriété est partagée entre le nu propriétaire et l'usufruitier, la perte tombe donc sur tous les deux : l'un y perd la nue propriété, l'autre la jouissance. Le code applique ce principe à l'usufruit qui porte sur un animal ou sur un troupeau. Si l'animal est venu à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est pas tenu d'en rendre un autre ni d'en payer l'estimation (art. 615). Si le troupeau vient à périr entièrement sans la faute de l'usufruitier, celui-ci n'est tenu envers le propriétaire que de rendre compte des cuirs et de leur valeur (art. 616). Nous reviendrons sur ces dispositions en traitant de l'extinction de l'usufruit (n° 527).

588. L'usufruitier, obligé de conserver, est par cela même tenu de garder la chose; comme gardien, il doit veiller à ce que les droits du propriétaire ne périssent pas. Par application de ce

(1) Voyez, plus haut, n° 582.

principe, l'article 614 décide que si un tiers commet quelque usurpation sur le fonds, ou attente autrement aux droits du propriétaire, l'usufruitier est tenu de le dénoncer à celui-ci : faute de cela, il est responsable de tout le dommage qui peut en résulter pour le propriétaire, comme il le serait de dégradations commises par lui-même. L'application du principe est, en un certain sens, extensive ; l'usufruitier est constitué gardien de la chose, non-seulement pour la conservation de la chose, mais aussi pour prévenir tout dommage qui peut résulter pour le propriétaire d'un fait quelconque, qu'une dénonciation lui aurait permis d'empêcher. Cette responsabilité est fondée en équité. C'est l'usufruitier qui possède, tandis que le propriétaire n'est pas sur les lieux et ignore le plus souvent ce qui s'y passe, tandis que l'usufruitier ne peut l'ignorer ; il est donc juste qu'il dénonce au propriétaire tous les faits qui peuvent compromettre ses droits et ses intérêts (n° 528).

589. L'usufruitier est tenu d'entretenir la chose dont il a la jouissance. Il doit conserver la chose, et pour conserver il faut entretenir, car les choses non entretenues périssent plus ou moins rapidement. Nous avons vu (1) les applications du principe à l'usufruit des pépinières et des arbres fruitiers (art. 590 et 594) ; le code contient des dispositions spéciales sur l'obligation d'entretien en ce qui concerne les animaux et les bâtiments (n° 535).

590. L'usufruitier doit-il remplacer les animaux qui meurent ? Il faut distinguer. Si l'usufruit porte sur un ou plusieurs animaux déterminés, l'usufruitier n'est pas tenu, s'ils viennent à périr sans sa faute, d'en rendre d'autres ni d'en payer l'estimation (art. 615). La raison en est que l'usufruit s'éteint par la mort de chaque tête d'animal, car il y a, dans ce cas, autant d'usufruits que d'animaux ; et quand l'usufruit est éteint, il ne peut plus être question d'une obligation d'entretenir la chose. Lorsque l'usufruit est établi sur un troupeau, il ne s'éteint que si le troupeau périt entièrement ; dans ce cas encore, toute obligation d'entretien cesse. Si le troupeau ne périt pas entièrement, l'usufruit subsiste, et alors naît l'obligation d'entretien : l'usufruitier est tenu de remplacer, jusqu'à concurrence du croît, les têtes des animaux qui ont péri (art. 616). Il n'y a pas de doute quant au croît futur ; l'usufruitier doit employer les jeunes animaux à compléter le

(1) Voyez, plus haut, n° 575.

troupeau : c'est ainsi qu'agit un bon père de famille, et l'usufruitier doit agir comme tel. Il en est de même, à notre avis, des jeunes bêtes nées avant la perte partielle du troupeau. La loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer : un bon père de famille le ferait, donc l'usufruitier doit le faire (n° 536).

591. Quant aux bâtiments, l'usufruitier est tenu des réparations que la loi appelle d'*entretien* (art. 605) ou *usufructuaires* (art. 1409, n° 4); les *grosses* réparations restent à la charge du propriétaire. L'article 606 définit les grosses réparations : « Ce sont celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières, celui des digues et des murs de soutenement et de clôture aussi en entier. » Cette énumération est restrictive; la suite de l'article le prouve : « Toutes les autres réparations sont d'entretien. » Donc, dès qu'une réparation ne rentre pas dans le texte de l'article 606, l'usufruitier en est tenu. Le but de la loi est de préciser la charge qui incombe à l'usufruitier et au nu propriétaire en ce qui concerne les réparations; ne pouvant pas énumérer les réparations d'entretien d'une manière complète, parce qu'elles sont trop nombreuses, le législateur a dû se borner à définir les grosses réparations; cette définition est donc limitative de sa nature (n° 539).

Pourquoi l'usufruitier est-il tenu des réparations d'entretien? Elles se payent sur les revenus, dont l'usufruitier seul a la jouissance, et le propriétaire, bon père de famille, doit les faire pour conserver la chose. A ce double titre, l'usufruitier est obligé d'en supporter la dépense. Quant aux grosses réparations, elles restent à la charge du propriétaire, parce qu'elles concernent la propriété plus que la jouissance, à raison de leur importance et des frais auxquels elles donnent lieu (n° 542). L'usufruitier est tenu par exception des grosses réparations quand elles sont devenues nécessaires par sa faute; la loi le dit du défaut de réparations d'entretien, il faut en dire autant de toute faute; c'est la conséquence de la responsabilité qui incombe à l'usufruitier, comme à toute personne de réparer le dommage qu'elle cause par son fait (art. 1382) (n° 546).

592. L'usufruitier et le nu propriétaire peuvent-ils être contraints de faire les réparations qui leur incombent? Quant à l'usu-

fruitier, il n'y a guère de doute : il est *tenu* aux réparations d'entretien (art. 605); c'est une obligation que la loi lui impose; or, toute obligation donne une action immédiate à celui dans l'intérêt duquel elle est établie. Le nu propriétaire a donc le droit d'agir; et il y a intérêt afin d'empêcher les dégradations et la perte qui sont les conséquences du défaut d'entretien (nº 543).

Quant au propriétaire, on admet généralement qu'il ne peut pas être forcé à faire les grosses réparations. C'est la doctrine romaine, et elle est évidente d'après les principes. L'usufruit est une servitude, le nu propriétaire est propriétaire du fonds servant, et comme tel il est tenu à souffrir, et non à faire. Mais le texte de la loi dit le contraire, et la loi l'emporte sur les principes. L'article 605 dispose que les grosses réparations demeurent *à la charge* du propriétaire; c'est bien dire qu'il doit les supporter. Cette expression se trouve dans d'autres articles du titre des *Servitudes* (art. 664, 655, 632), et elle est partout synonyme d'*obligation*. Elle a le même sens dans l'article 605; dans le premier alinéa, la loi dit que l'usufruitier est *tenu* des réparations d'entretien; dans le second, elle dit que les grosses réparations sont *à la charge* du propriétaire; les deux expressions ont le même sens. Le législateur français a donc dérogé aux principes du droit romain; il préfère toujours l'équité et les facilités de la pratique à la rigueur des principes; or, l'équité exige certainement que l'usufruitier ait action contre le propriétaire, comme le propriétaire a action contre l'usufruitier, et cela évite toute action récursoire (nº 548).

593. L'article 607 porte : « Ni le propriétaire, ni l'usufruitier ne sont tenus de rebâtir ce qui est tombé de vétusté, ou ce qui a été détruit par cas fortuit. » En ce qui concerne le propriétaire, l'article 607 déroge au principe que le nu propriétaire supporte les grosses réparations. Rebâtir est une charge plus onéreuse : le nu propriétaire peut n'avoir aucun intérêt à le faire, et il n'y est pas tenu en vertu des principes de l'usufruit : il ne s'oblige pas à faire jouir l'usufruitier, mais à le laisser jouir; si la jouissance devient impossible par la perte de la chose, sans qu'il y ait une faute à reprocher au propriétaire, tout ce qui en résulte, c'est que l'usufruitier perd la jouissance et le propriétaire perd le fonds. Quant à l'usufruitier, il ne peut être tenu de rebâtir, puisqu'il est

seulement obligé d'entretenir la chose, à moins que la perte ne lui soit imputable, et la loi suppose que la chose a péri par vétusté ou par cas fortuit (n° 551).

N° 3. DES CHARGES DE L'USUFRUIT.

(*Principes de droit civil*, t. VII.)

Sommaire.

594. Qui supporte les charges imposées sur le fonds grevé d'usufruit?
595. Qui supporte les frais des procès concernant le fonds grevé d'usufruit?
596. Quand l'usufruitier contribue-t-il au payement des dettes?
597. Mode de contribution de l'usufruitier et du nu propriétaire.

594. L'usufruitier est tenu des charges qui se prélèvent sur les fruits, parce que, pendant la durée de sa jouissance, il perçoit tous les fruits. Telles sont les contributions que l'Etat exige des particuliers, il n'y a pas à distinguer les divers impôts; l'usufruitier les supporte tous, parce qu'ils se prélèvent, non sur le capital, mais sur le revenu (n° 1). Après avoir cité les contributions, l'article 608 ajoute : « ou autres charges qui, dans l'usage, sont censées charges des fruits. » Tels sont les impôts qui se perçoivent au profit de la commune et de la province. Telle est encore l'obligation qui incombe aux riverains des cours d'eau non navigables de contribuer aux frais de curage (n° 2).

Il y a d'autres charges qui sont imposées sur la *propriété*, c'est-à-dire sur le *capital*. Comme, pendant la durée de l'usufruit, le capital est partagé entre le nu propriétaire et l'usufruitier, tous les deux doivent contribuer au payement de ces charges. L'article 609 pose le principe que l'usufruitier les supporte quant aux intérêts. Telles sont les contributions de guerre : elles ne sont pas levées sur le revenu ; c'est une espèce de rançon que les propriétaires payent pour racheter leurs terres qui, par le droit de conquête, appartiennent au vainqueur. Quand la propriété est démembrée, les deux fractions y doivent contribuer : l'usufruitier, ayant la jouissance, supportera la charge quant aux intérêts : le nu propriétaire, ayant le fonds, la supportera quant au capital (n° 6).

Reste à savoir quelles sont les charges qui grèvent la propriété, et comment on peut les distinguer de celles qui ne pèsent

que sur la jouissance. Ce n'est pas toujours la nature de la contribution, car un même impôt, tel que les centimes additionnels, peut frapper le revenu ou la propriété; il faut plutôt considérer la cause de l'imposition, le montant de la charge et les termes de la loi qui l'établit (nº 8).

L'article 609 détermine le mode de contribution de l'usufruitier et du nu propriétaire. Celui-ci est obligé de payer les charges, et l'usufruitier doit lui tenir compte des intérêts. Si elles sont avancées par l'usufruitier, il a la répétition du capital à la fin de l'usufruit (nºs 10 et 11).

595. Qui supporte les frais des procès? Celui dans l'intérêt duquel le procès est soutenu doit payer les frais. Si le procès concerne exclusivement la jouissance, l'usufruitier seul y est intéressé, lui seul sera donc tenu des frais (art. 613). Si le procès concerne exclusivement la nue propriété, les frais seront à la charge du nu propriétaire. D'ordinaire le procès a pour objet la toute propriété; dans ce cas, le nu propriétaire et l'usufruitier y sont intéressés; partant, ils doivent contribuer aux frais dans la mesure de leur intérêt, c'est-à-dire l'usufruitier pour la jouissance et le nu propriétaire pour le capital. On applique, par analogie, aux frais des procès ce que l'article 609 dit des charges imposées sur la propriété pendant la durée de l'usufruit. La charge est commune, puisque l'usufruitier et le propriétaire sont intéressés à soutenir leur droit, sous peine de le voir périr; donc les frais doivent être supportés par les deux plaideurs dans la mesure de leur intérêt (nº 15).

596. Dans quels cas l'usufruitier doit-il contribuer au payement des dettes? En principe, le successeur universel est seul tenu du payement des dettes de celui auquel il succède; le successeur à titre particulier n'en est pas tenu. Or, l'usufruitier n'est jamais successeur universel, car il n'a jamais qu'un démembrement de la propriété, donc une chose particulière; c'est improprement que le code parle d'un usufruitier universel ou à titre universel; cela veut dire que l'usufruitier a la jouissance de tout ou partie d'une hérédité, mais il n'en résulte point que son titre soit universel. L'usufruitier, étant toujours successeur à titre particulier, ne devrait jamais contribuer au payement des dettes; toutefois il y contribue dans certains cas (nº 17).

« L'usufruitier à titre particulier n'est pas tenu des dettes auxquelles le fonds est hypothéqué » (art. 611). Cela allait sans dire ; le légataire à titre particulier de la toute propriété n'est pas tenu des dettes (art. 1024) ; à plus forte raison, l'usufruitier, qui n'a qu'un démembrement de la propriété, n'en peut être tenu. Le code suppose que le fonds grevé d'usufruit est hypothéqué ; dans ce cas, le créancier a action contre l'usufruitier comme détenteur de l'immeuble. S'il paye la dette sur la poursuite du créancier, il a son recours contre le propriétaire, dit l'article 611, pour mieux dire contre le débiteur, en vertu de la subrogation légale (art. 1251, n° 3). L'article 611 ajoute : « sauf ce qui est dit à l'article 1020. » Ceci n'est pas une exception, comme la loi semble le dire. Le testateur peut charger l'héritier de dégager le fonds et de le livrer au légataire libre de toute dette hypothécaire ; si le testateur use de cette faculté, il n'y aura plus d'hypothèque, partant plus d'action contre l'usufruitier (n° 18).

« L'usufruitier universel ou à titre universel doit contribuer avec le propriétaire au payement des dettes » (art. 612). Le nu propriétaire supporte la dette quant au capital, et l'usufruitier quant aux intérêts pendant la durée de sa jouissance. D'après la subtilité du droit, l'usufruitier, quand même sa jouissance porte sur la totalité des biens, n'est qu'un successeur particulier ; mais, en réalité, il prend tous les fruits, il a tous les avantages, pendant la durée de sa jouissance ; sous ce rapport, ses droits sont identiques avec ceux d'un propriétaire. Puisque de fait il a l'émolument qu'aurait un héritier, il est juste que ses obligations soient les mêmes dans les limites de ce fait ; c'est-à-dire que, dans la proportion de sa jouissance, il doit supporter les dettes quant aux intérêts (n° 19).

L'article 610 applique ces principes à la rente viagère : « Le legs fait par un testateur d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire doit être acquitté par le légataire universel de l'usufruit dans son intégrité, et par le légataire à titre universel de l'usufruit dans la proportion de sa jouissance, sans aucune répétition de leur part. » C'est une conséquence de l'article 612 combiné avec l'article 588. L'usufruitier universel supporte toutes les dettes quant aux intérêts ; or, la loi considère les arrérages d'une rente viagère comme des intérêts, donc l'usufruitier universel

doit les supporter pour le tout, et l'usufruitier à titre universel dans la proportion de son droit (n° 22).

597. L'article 612 règle le mode de contribution de l'usufruitier : « On estime la valeur du fonds sujet à usufruit; on fixe ensuite la contribution aux dettes à raison de cette valeur. » Il n'y a pas lieu à estimation quand l'usufruit est universel, cela est d'évidence, ni lorsque l'usufruit est d'une quotité déterminée de tous les biens, telle que le tiers ou le quart ; l'estimation n'est nécessaire que lorsque l'usufruit comprend les immeubles ou les meubles ; on estime alors la valeur du legs comparativement à celle de tous les biens : est-ce la moitié, l'usufruitier supportera les intérêts des dettes pour moitié.

« Si l'usufruitier veut avancer la somme pour laquelle le fonds doit contribuer, le capital lui en est restitué à la fin de l'usufruit, sans aucun intérêt » (art. 612). L'usufruitier, bien qu'il ne soit tenu que des intérêts, a le droit d'avancer le capital ; c'est le seul moyen de s'assurer la jouissance des biens, car s'il ne fait pas l'avance, le propriétaire peut faire vendre jusqu'à due concurrence une partie des biens soumis à l'usufruit, et par suite l'usufruitier perdra la jouissance de ces biens. C'est à lui de voir ce qui lui convient le plus, jouir des biens ou avancer le capital de la dette en supportant l'intérêt. Si l'usufruitier ne veut pas faire l'avance, le propriétaire a le choix, ou de payer la dette, ou de faire vendre une partie des biens soumis à l'usufruit. Quand le propriétaire paye la dette, l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de la jouissance. Lorsque le propriétaire vend une portion des biens, l'usufruitier perd la jouissance des biens vendus, et les fruits dont il est privé représentent sa part contributive dans les intérêts de la dette. La loi donne le choix au propriétaire de payer ou de vendre, et elle donne à l'usufruitier le moyen d'empêcher la vente en faisant l'avance du capital ; elle concilie ainsi les divers droits des parties intéressées (n° 32).

§ V. *Droits et obligations du nu propriétaire.*

Sommaire.

598. Le nu propriétaire conserve la propriété de la chose grevée d'usufruit, mais c'est une propriété démembrée par le droit de jouissance, qui appartient à l'usufruitier. Il y a donc deux droits réels sur la même chose; c'est dire que l'un limite l'autre: l'un des deux propriétaires ne peut pas user de son droit de manière à compromettre le droit de l'autre. L'usufruitier ne peut pas porter atteinte au droit du propriétaire; nous avons dit que son droit de jouissance est restreint par le droit de propriété qui reste au propriétaire. De même le nu propriétaire ne peut pa son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier (art. 599) (n° 34).

599. Le nu propriétaire peut faire tous les actes de disposition qui ne portent pas atteinte aux droits de l'usufruitier. Il peut donc aliéner la chose grevée d'usufruit, la vendre ou la donner; l'aliénation, comme le dit l'article 621, ne fait aucun changement dans les droits de l'usufruitier; il a un droit dans la chose, qu'il exerce, n'importe à qui appartient la nue propriété. Le nu propriétaire pouvant aliéner, ses créanciers peuvent saisir la nue propriété et la faire vendre. Il peut aussi consentir des droits réels sur la chose grevée d'usufruit, en tenant compte des droits de l'usufruitier auxquels le nu propriétaire ne peut pas porter atteinte; ainsi il peut hypothéquer, mais seulement la nue propriété. Il peut établir des servitudes; mais si la servitude est préjudiciable à l'usufruitier, celui-ci peut s'opposer à son exercice. Le nu propriétaire peut acquérir une servitude pour le fonds, sans le concours de l'usufruitier, car c'est lui qui est le représentant du fonds (n°s 35 et 36).

Le nu propriétaire peut former toutes les actions qui concernent la nue propriété; si la demande intéresse exclusivement la nue propriété, l'usufruitier n'a pas le droit d'intervenir dans l'instance. Alors même que l'action intéresserait aussi l'usufruitier, le nu propriétaire pourrait la former, bien entendu dans les limites de son droit; il peut revendiquer, mais s'il agit seul, il ne peut demander la jouissance, qui ne lui appartient pas (n° 37).

600. En principe, le nu propriétaire ne peut user ni jouir de la chose, puisque c'est l'usufruitier qui a le droit d'user et de

jouir. Il y a des actes de jouissance que l'usufrutier ne peut pas faire : le propriétaire peut-il, en ce cas, percevoir l'émolument qui n'appartient qu'à l'usufruitier? Oui, à condition de ne pas nuire aux droits de celui-ci (art. 599). Ainsi le nu propriétaire a droit à la moitié du trésor découvert dans son fonds par un tiers : il ne nuit pas à l'usufruitier, qui n'a aucun droit sur le trésor (art. 598). Il en est de même des arbres de haute futaie arrachés ou brisés par accident, l'usufruitier n'y a droit que pour faire les réparations dont il est tenu (art. 592); s'il n'y a pas de réparations à faire, les arbres appartiennent au nu propriétaire. Mais le propriétaire n'aurait pas le droit d'abattre une haute futaie; car l'usufruitier a le droit de jouir de la chose dans l'état où elle se trouve lors de l'ouverture de l'usufruit; il a donc le droit de jouir de la haute futaie, puisqu'elle forme un ornement du fonds (n° 38).

601. Le nu propriétaire a-t-il des obligations à l'égard de l'usufruitier? Dans le sens strict du mot, non : détenteur d'un fonds grevé de servitude, il est seulement tenu à souffrir et à ne pas faire. Toutefois le code met les grosses réparations à sa charge, ce qui, dans notre opinion, signifie qu'il peut être forcé à les faire. Hors ce cas, le nu propriétaire n'a pas d'obligations proprement dites (n° 43).

§ VII. *Comment l'usufruit prend fin.*

Sommaire.

602. L'usufruit s'éteint : 1° par la mort de l'usufruitier.
603. 2° Par l'expiration du temps pour lequel il a été constitué.
604. 3° Par la consolidation.
605. 4° Par le non-usage du droit pendant trente ans.
606. 5° Par la perte totale de la chose.
607. 6° Par la renonciation de l'usufruitier.
608. 7° Par l'abus de jouissance.
609. 8° Par les causes d'extinction qui résultent du droit commun.
610. Quels sont les droits du proprietaire quand l'usufruit s'éteint?

602. « L'usufruit s'éteint, 1° par la mort de l'usufruitier » (art. 617). Le législateur limite l'usufruit à la vie de l'usufruitier, parce que la propriété deviendrait un droit inutile, si le droit de jouir en pouvait être détaché à perpétuité (n° 50). L'article 617

met la mort civile sur la même ligne que la mort naturelle; la mort civile est abolie en Belgique et en France. Si l'usufruit est établi au profit d'une personne morale, il s'éteint aussi par l'abolition que le législateur en prononce. Hors ce cas, les personnes morales ne meurent pas; il fallait donc limiter la durée de l'usufruit qui leur appartient : la loi la fixe à trente ans, durée moyenne de la vie de l'homme (n° 53).

603. 2° « Par l'expiration du temps pour lequel il a été accordé » (art. 617). La durée de l'usufruit peut être moindre que celle de la vie de l'homme, mais elle ne peut pas la dépasser; si l'usufruitier meurt avant l'expiration du terme, l'usufruit s'éteindra d'après le droit commun.

L'article 620 prévoit un cas particulier. Il suppose que l'usufruit est accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé; il durera jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé. On considère l'âge du tiers comme un terme, et l'on en conclut que l'usufruit doit durer jusqu'à ce que le terme soit expiré. En réalité, c'est une question d'intention; le législateur aurait dû s'en rapporter aux tribunaux quant à l'appréciation de la volonté (n° 55).

604. 3° « Par la consolidation, ou la réunion, sur la même tête, des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire » (art. 617). Quand une même personne a la propriété d'une chose et la jouissance, il ne peut plus être question d'usufruit; en effet, l'usufruit est le droit de jouir d'une chose dont un autre a la propriété; lorsque celui qui jouit est aussi propriétaire, il n'y a pas démembrement de la propriété, donc plus d'usufruit (n° 57). La consolidation n'éteint l'usufruit qu'à raison de l'impossibilité où se trouve l'usufruitier d'exercer son droit, par la confusion en sa personne des deux qualités d'usufruitier et de propriétaire, le propriétaire ne pouvant pas jouir, à titre de servitude, d'une chose qui lui appartient. De là suit que si la confusion vient à cesser, l'usufruitier reprend l'exercice de son droit. L'article 2177 contient une application du principe, sur laquelle nous reviendrons (art. 58).

605. 4° « Par le non-usage du droit pendant trente ans » (art. 617), c'est-à-dire par la prescription extinctive de l'article 2262, aux termes duquel toutes les actions tant réelles que

personnelles sont prescrites par trente ans. Le code applique cette prescription aux droits réels, qui sont un démembrement de la propriété; si ces droits ne sont pas exercés pendant trente ans, ils sont éteints. Ainsi la servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans (art. 706). Il n'en est pas de même de la propriété; le propriétaire ne perd pas son droit par cela seul qu'il ne l'exerce pas pendant trente ans; il ne le perd que lorsqu'un tiers a possédé pendant ce laps de temps. Quelle est la raison de cette différence? C'est la faveur dont jouit la propriété, tandis que les droits réels qui la gênent sont vus avec défaveur; voilà pourquoi la loi favorise leur extinction. Elle ne les admet que pour cause d'utilité; or, ils ne sont utiles qu'à condition qu'on les exerce. Si on ne les exerce pas, ils n'ont plus de raison d'être; par suite, la loi les déclare éteints. Cela est vrai surtout de l'usufruit, le plus considérable des démembrements de la propriété, mais aussi le plus gênant (n° 60).

L'extinction par le non-usage s'applique aussi à l'usufruit mobilier. Cela suppose que les meubles sont en la possession du nu propriétaire. Si les meubles étaient possédés par un tiers de bonne foi, l'usufruitier perdrait son droit, par le fait seul de la possession du tiers : car l'usufruitier ne peut pas exercer son droit contre un tiers possesseur de bonne foi (n° 61).

L'usufruit peut aussi s'éteindre par la prescription acquisitive. Un tiers acquiert du non-propriétaire la pleine propriété d'un immeuble grevé d'usufruit; s'il a juste titre et bonne foi, et s'il possède pendant le temps et sous les conditions exigées par la loi, il aura usucapé la pleine propriété, et par conséquent l'usufruit sera éteint. Cela est généralement admis. Il y a cependant une difficulté de texte. L'article 618 ne parle que de la prescription extinctive; la loi ne dit pas que l'usucapion de la propriété éteint l'usufruit. On répond que les principes généraux suffisent; celui qui possède la toute propriété usucape la toute propriété, c'est-à-dire la propriété libre de toute charge. Le code applique ce principe à l'hypothèque (art. 2180), mais la loi hypothécaire belge ne l'a pas maintenu; nous dirons ailleurs pourquoi. Il y a un autre texte qui est décisif. L'article 1665 porte que l'acheteur à réméré peut prescrire, tant contre le véritable maître que contre ceux qui ont des *droits* ou *hypothèques* sur la chose. Ces *droits*

autres que les *hypothèques* ne peuvent être que des servitudes, et l'usufruit y est compris (n° 90).

606. 5° « Par la perte totale de la chose sur laquelle l'usufruit est établi » (art. 617). Quand la perte est-elle totale? Si la destruction est matérielle, il n'y a pas de question. Domat enseigne, d'après le droit romain, que la perte est totale quand la chose a changé de forme; Pothier rejette cette doctrine rigoureuse pour s'en tenir à l'équité, qui est pour l'usufruitier. Le code, à notre avis, s'est prononcé pour l'opinion de Domat. Après avoir établi dans l'article 617 que l'usufruit s'éteint par la perte totale, il applique le principe dans l'article 624 : « Si l'usufruit n'est établi que sur un bâtiment, et que ce bâtiment soit détruit par un incendie ou autre accident, ou qu'il s'écroule de vétusté, l'usufruitier n'aura le droit de jouir ni du sol ni des matériaux ». L'article 624 interprète donc la disposition de l'article 617 ; contre son habitude, le législateur s'est prononcé pour la rigueur des principes, bien que l'équité soit en faveur de l'usufruitier. L'usufruit légué ou donné par contrat de mariage est l'usufruit le plus fréquent; et le conjoint ou le testateur qui veut assurer à l'usufruitier la jouissance, dans les limites du disponible, n'entend certes pas le priver de l'usage du fonds, si la maison vient à périr (n° 65).

« Si une partie seulement de la chose est détruite, l'usufruit se conserve sur ce qui reste » (art. 623). La substance de la chose subsiste dans ce cas, quoiqu'elle soit diminuée par un cas fortuit; l'usufruit devait donc subsister (n° 67). L'article 624 applique ce principe au cas où l'usufruit porte sur une universalité : « Si l'usufruit est établi sur un domaine dont le bâtiment faisait partie, l'usufruitier jouira du sol et des matériaux. » L'usufruit subsiste sur le domaine, parce que le domaine est une universalité de fait, de sorte que l'usufruit porte, non sur un bâtiment, mais sur ce qui est compris dans le domaine considéré comme un tout. La perte du bâtiment ne détruit donc pas la substance de la chose; l'usufruit subsistant, l'usufruitier doit avoir droit aux accessoires de la chose qui a péri (n° 68).

Ces principes devraient recevoir leur application à l'usufruit d'un troupeau, qui est aussi une universalité. Le code déroge, en ce point, au droit romain, et même au principe consacré par

l'article 624. Il décide que l'usufruit ne s'éteint que lorsque le troupeau *a entièrement* péri, de sorte qu'il subsiste, quand même il ne reste qu'une tête, ce qui est contraire à la nature même des choses. Nous avons dit plus haut (1), quelles sont, en cas de perte totale ou partielle du troupeau, les obligations de l'usufruitier (n° 69).

607. 6° L'usufruitier a le droit de renoncer à l'usufruit (art. 621); la faculté de renoncer est de droit commun; voilà pourquoi il était inutile d'en parler dans l'article 617. Nous exposerons les principes qui régissent la renonciation, aux titres des *Servitudes* et des *Hypothèques*. Il y a une difficulté que nous devons prévoir dès maintenant. Le concours du consentement de celui à qui la renonciation profite est-il nécessaire pour qu'elle soit valable? Il faut distinguer s'il s'agit d'un droit de créance ou d'un droit réel. Les obligations se forment par concours de consentement, et elles ne peuvent se dissoudre que par un consentement contraire; il faut donc le consentement du débiteur pour que la renonciation du créancier à sa créance soit valable. Il n'en est pas de même des droits réels; ils existent dans la chose, il n'y a ni débiteur ni créancier. Le propriétaire peut abdiquer son droit par sa seule volonté; de même l'usufruitier peut renoncer à l'usufruit, sans le concours de volonté du nu propriétaire (n° 72).

La renonciation peut être expresse ou tacite. C'est le droit commun. L'article 621, qui paraît exiger une renonciation *formelle*, prévoit un cas particulier. On suppose que le nu propriétaire vend, et l'usufruitier intervient dans la vente : quelle sera la conséquence de ce fait? Telle est la question décidée par l'article 621 : l'usufruitier sera censé avoir consenti à la vente, et non d'avoir renoncé à son usufruit. Ceci est encore l'application du droit commun. Le consentement tacite s'interprète toujours restrictivement; on n'admet la renonciation tacite que lorsque le fait d'où elle résulte ne peut recevoir une autre interprétation : or, quand l'usufruitier intervient dans une vente, il y a une autre interprétation, et la plus naturelle, c'est que l'usufruitier concourt à la vente, comme vendeur, afin de faciliter la vente et de la rendre plus avantageuse (n° 74).

« Les créanciers de l'usufruitier peuvent faire annuler la

(1) Voyez, plus haut, n° 590.

renonciation qu'il aurait faite au préjudice de leurs droits » (art. 622). C'est l'application du principe établi par l'article 1167, que nous expliquerons au titre des *Obligations*.

608. 7° « L'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance » (art. 618). Nous ne connaissons pas de bonne raison de cette disposition : si l'usufruitier mésuse, le propriétaire a droit à des dommages-intérêts, et la réparation lui est garantie par le cautionnement que l'usufruitier a fourni (nº 79). Quand y a-t-il abus de jouissance? L'article 618 répond : Quand l'usufruitier commet des dégradations sur le fonds, ou qu'il le laisse dépérir faute d'entretien, c'est-à-dire quand il manque à l'obligation qui lui incombe de jouir en bon père de famille. Il faut qu'il y ait faute, mais la loi en abandonne l'appréciation au juge : il peut prononcer la déchéance absolue, dit l'article 618, ou n'ordonner la rentrée du propriétaire dans la jouissance, que sous la charge de payer annuellement à l'usufruitier ou à ses ayants cause une somme déterminée, jusqu'à l'instant où l'usufruit aurait dû cesser. Le principe est que le juge proportionne la peine à la gravité de la faute, par suite il doit avoir un pouvoir discrétionnaire quant aux mesures qu'il est convenable de prescrire (nº 84).

Les créanciers peuvent intervenir dans l'instance pour sauvegarder leurs intérêts et pour empêcher la collusion entre le nu propriétaire et l'usufruitier, aux dépens des créanciers. L'article 618 ajoute que les créanciers peuvent offrir la réparation des dégradations commises et des garanties pour l'avenir. C'est le juge qui appréciera (nº 85).

609. 8° Il y a des causes d'extinction que l'article 617 ne prévoit pas, parce qu'elles découlent du droit commun. L'usufruit s'éteint quand le droit de celui qui l'a constitué est résolu, révoqué ou annulé, avec rétroactivité (nº 87). Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit de la propriété révocable (1).

Le titre même qui constitue l'usufruit peut être résoluble, révocable ou annulable. Lorsque l'usufruit a été constitué sous condition résolutoire, il sera résolu si la condition se réalise; on applique, dans ce cas, les principes qui régissent la condition résolutoire expresse ou tacite. Si le titre constitutif est vicié, soit

(1) Voyez, plus haut, nº 525.

dans la forme, soit au fond, il pourra être annulé. Nous exposerons les principes au titre des *Obligations* (n° 88).

610. Quels sont les droits du propriétaire quand l'usufruit s'éteint? Si l'extinction résulte de la perte de la chose ou de la consolidation sur la tête de l'usufruitier, le propriétaire n'a aucun droit, puisqu'il ne peut plus jouir. Dans les autres cas, la jouissance se réunit à la nue propriété. Comment se fait ce retour? Il a lieu de plein droit, en ce sens que le nu propriétaire ne doit intenter aucune demande contre l'usufruitier ou ses héritiers pour rentrer dans la jouissance. C'était l'opinion de Pothier, et le code la consacre implicitement. L'article 617 dit que l'usufruit s'éteint, et il ne soumet le nu propriétaire à aucune forme, à aucune condition. Cela est fondé sur la nature de l'usufruit; l'usufruitier est détenteur précaire, il possède pour le nu propriétaire; celui-ci n'ayant jamais cessé de posséder ne peut être tenu de former une demande pour recouvrer la possession. Quant à la jouissance, elle n'a été détachée de la propriété que temporairement; du moment que le droit de l'usufruit cesse, le propriétaire rentre dans la plénitude du sien (n° 92).

CHAPITRE II.

DE L'USAGE ET DE L'HABITATION.

§ I. *Notions générales.*

Sommaire.

611. L'usage a une grande analogie avec l'usufruit; il n'en diffère, dit Domat, que par l'étendue de la jouissance qui appartient à l'usufruitier et à l'usager; l'usufruitier jouit de tous les fruits, tandis que l'usager ne peut prendre sur les fruits du fonds que ce qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. L'usage est donc un usufruit limité aux besoins de l'usager. Quant

à l'habitation, elle ne diffère que de nom de l'usage; c'est l'usage d'une maison. Il en résulte une différence, c'est que l'habitation est nécessairement un droit immobilier, tandis que l'usage peut être mobilier ou immobilier. Du reste, les dispositions du code relatives à l'habitation ne font que reproduire les principes qui régissent l'usage (art. 632-634); il était donc inutile de les distinguer. Nous ne parlerons que de l'usage; ce que nous en dirons s'applique en tout à l'habitation (n° 102).

L'usage est un droit réel et immobilier quand il porte sur des immeubles; dans ce dernier cas, il doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers, par application de la loi hypothécaire (art. 1). C'est une servitude personnelle, en ce sens qu'elle est attachée à la vie de l'usager. Le droit est encore plus personnel que celui de l'usufruitier, puisqu'il est limité aux besoins de l'usager, et par suite il ne peut être ni loué ni cédé (n° 103).

Il y a un autre droit d'usage, celui que les habitants d'une commune ont dans les bois et forêts (art. 636); il est réglé par des lois particulières (loi du 19 décembre 1854), qui sont en dehors des limites d'un cours élémentaire (n° 104).

612. Le droit d'usage s'établit de la même manière que l'usufruit (art. 625), sauf qu'il y a un usufruit légal, tandis qu'il n'y a pas d'usage établi par la loi (n° 105).

613. « Les droits d'usage et d'habitation se règlent par le titre qui les a établis, et reçoivent, d'après ses dispositions, plus ou moins d'étendue » (art. 628). Il est permis aux parties de déroger aux règles établies par le code civil : c'est le droit commun pour tout ce qui est d'intérêt privé (n° 108). Dans le silence du titre, on applique les articles 630 et 633 : « Celui qui a l'usage des fruits d'un fonds ne peut en exiger qu'autant qu'il lui en faut pour ses besoins et ceux de sa famille. » « Le droit d'habitation se restreint à ce qui est nécessaire pour l'habitation de celui à qui ce droit a été concédé et de sa famille. » Il n'y a aucune difficulté pour l'habitation; la disposition est nécessairement restrictive; elle l'est aussi pour l'usage; le droit de l'usager est limité aux fruits du fonds, et à la partie des fruits qui est nécessaire à sa consommation ; le reste appartient au propriétaire (n° 109).

Le droit d'usage s'étend à la famille, sans distinguer si la famille existait déjà lors de l'établissement du droit. L'article 632

le dit : « Celui qui a un droit d'habitation dans une maison peut y demeurer avec sa famille, quand même il n'aurait pas été marié à l'époque où ce droit lui a été donné. » Il en doit être de même de l'usage, puisque les deux droits sont identiques. C'est dans cet esprit que l'article 630 décide que « l'usager peut exiger les fruits même pour les besoins des enfants qui lui sont survenus depuis la concession de l'usage ». La concession a pour objet de fournir aux besoins de l'usager; on ne peut donc pas lui refuser les fruits qui sont nécessaires à sa femme et à ses enfants, puisqu'il est tenu de les entretenir (n° 110). Par *famille* il faut entendre tous ceux qui ont le droit de manger à la table de l'usager, c'est-à-dire tous ceux auxquels il doit des aliments. Quant aux *besoins*, c'est une question de fait, les besoins étant essentiellement relatifs; ils se règlent sur la fortune et les habitudes de l'usager : ce sont les expressions de l'orateur du Tribunat (n° 110).

L'usager a-t-il le droit de jouir lui-même? ou est-ce le propriétaire qui jouit et qui remet à l'usager les fruits qui lui sont nécessaires pour ses besoins et ceux de sa famille? Nous croyons que l'usager a le droit de jouir; les articles 626, 627 et 631 le disent implicitement : « L'usager ne peut *jouir* de son droit, *comme dans le cas de l'usufruit*, sans donner préalablement *caution* et sans faire *états* et *inventaires* ». A quoi bon l'inventaire des meubles et l'état des immeubles, à quoi bon la caution, si l'usager ne possède ni ne jouit? L'usager doit jouir en bon père de famille, donc il jouit; pour celui qui a un droit d'habitation, cela est plus qu'évident, puisque son droit consiste à demeurer dans la maison. L'usager est tenu des réparations d'entretien : cette obligation n'a point de sens s'il ne jouit pas.

Il est vrai que l'article 630 dit que l'usager ne peut *exiger* les fruits du fonds que pour ses besoins; mais l'article 635 se sert du mot *prendre;* les deux expressions sont donc synonymes; or, *prendre* ne veut pas dire *demander :* on prend sans rien demander ce qu'on a le droit de prendre. Donc l'usager a un droit direct sur les fruits, partant il possède, il cultive et il jouit (n° 111). Ce qui est décisif, c'est que l'usage, d'après la tradition et d'après le code civil, est un usufruit limité aux besoins de l'usager; c'est donc un droit réel, un droit que l'usager exerce dans la chose, de même que l'usufruitier.

614. L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre (art. 631). C'est une différence entre l'usage et l'usufruit qui ne se justifie guère. On dit qu'il serait difficile de déterminer les droits du cessionnaire, parce que les besoins de l'usager varient chaque année. C'est un embarras, il est vrai, mais des difficultés de fait ne sont pas une raison pour mettre un droit hors du commerce (n° 113). Une fois que l'usager a perçu les fruits, il en peut disposer, dans la limite de son droit, puisqu'il en est propriétaire; et la propriété implique le droit de disposition, à moins que la loi ne place les choses hors du commerce; or, le code défend bien à l'usager de céder ou louer son *droit*, mais il ne dit pas que l'usager ne peut disposer des *fruits* comme il l'entend (n° 116). Quant à la défense de *louer*, elle ne concerne que le *droit* d'usage, mais non les biens : l'usager ne peut pas se substituer une tierce personne qui serait usagère à sa place. Mais si l'usager ne peut jouir de l'une des choses grevées du droit d'usage, pourquoi n'aurait-il pas le droit de la donner à bail? Le lui défendre, c'est le mettre dans l'impossibilité de jouir (n° 117).

615. L'usager est soumis aux obligations qui sont imposées à l'usufruitier, lors de son entrée en jouissance : il doit donner caution, faire inventaire des meubles et dresser un état des immeubles (art. 626). Il doit jouir en bon père de famille (art. 627). Quant aux charges proprement dites, l'article 635 porte : « Si l'usager absorbe tous les fruits du fonds, ou s'il occupe la totalité de la maison, il est assujetti aux frais de culture, aux réparations d'entretien et au payement des contributions, comme l'usufruitier. S'il ne prend qu'une partie des fruits, ou s'il n'occupe qu'une partie de la maison, il contribue au prorata de ce dont il jouit. » S'il jouit du tiers des fonds, il supportera le tiers des charges (n° 120). La loi ne parle pas des dettes; l'usager n'y contribue pas; son titre est nécessairement particulier, puisque son droit est limité à ses besoins; il est donc assimilé à l'usufruitier d'une chose déterminée, et comme successeur à titre particulier, il ne contribue pas aux dettes (n° 123).

616. Le droit d'usage s'éteint de la même manière que l'usufruit (art. 625). Il y a cependant une différence quant à la durée; le droit d'usage ne s'éteint pas nécessairement avec la vie de l'usager, parce qu'il ne rend pas inutile le droit de propriété,

quand même il serait perpétuel. Tels sont les droits d'usage des communes dans les bois et forêts (n° 124).

TITRE IV.

DES SERVITUDES OU SERVICES FONCIERS.

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Sommaire.

617. Définition et terminologie.
618. Caractères des servitudes. 1° Il faut deux héritages.
619. 2° La servitude doit être établie sur *un fonds* pour l'utilité d'un autre fonds.
620. 3° La servitude est un droit réel immobilier.
621. 4° La *cause* doit-elle être *perpétuelle ?*
622. Les servitudes sont-elles indivisibles?
623. Classification et terminologie.

617. Les articles 637 et 638 définissent la servitude en ces termes : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. » « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre. » C'est parce que la charge est imposée à un fonds qu'elle prend le nom de *servitude*, dénomination empruntée aux relations de dépendance qui assujettissent une personne à une autre personne. Ici un héritage est assujetti à un autre héritage, en ce sens que le maître du fonds est tenu de souffrir ou de ne pas faire quelque chose, dans l'intérêt d'un autre fonds. Ainsi celui dont l'héritage est sujet à un droit de passage doit souffrir l'incommodité de ce passage. Par là la liberté de l'immeuble grevé de cette charge est diminuée; le droit du maître n'est plus

absolu, la propriété n'est plus entière, elle est démembrée en faveur d'un autre héritage. Un fonds sert donc à un autre fonds : de là le nom de *servitude.* Ce mot paraissait si odieux, au sortir d'une révolution faite pour conquérir l'égalité, que les auteurs du code essayèrent de le remplacer par celui de *services fonciers;* mais ce mot ne se trouve que dans l'article 526, le premier qui mentionne les servitudes, et dans l'intitulé de notre titre. Dans toutes les autres dispositions, l'ancienne dénomination a été maintenue; elle est plus simple, et bientôt on ne pourra plus la confondre avec l'esclavage; elle rappellera seulement qu'il y a eu, pendant de longs siècles, une servitude personnelle, que nos descendants ne connaîtront plus que par l'histoire (nº 125).

Il faut aussi recourir à l'histoire pour comprendre la disposition de l'article 638, aux termes duquel la servitude n'établit aucune *prééminence* d'un fonds sur un autre. La féodalité avait laissé des traces profondes dans le droit privé, elle consacrait la dépendance d'un héritage à l'égard d'un autre, et la dépendance des terres entraînait la dépendance de ceux qui les possédaient : c'était précisément le caractère de la servitude féodale que l'assujettissement de la personne résultait de l'assujettissement du fonds. L'Assemblée constituante, dans la nuit du 4 août 1789, proclama l'égalité et la liberté des héritages, de même que les personnes étaient libres et égales. C'est en ce sens que l'article 686 défend d'imposer des services à une personne ou en faveur d'une personne. Le principe de l'article 638 est donc d'ordre public, puisqu'il tend à assurer la liberté (nº 126).

618. D'après la disposition de l'article 637, il faut deux héritages pour qu'il y ait une servitude, un héritage sur lequel la servitude est imposée, et un héritage pour l'utilité duquel elle est établie. Le mot *héritage* est une expression traditionnelle qui désigne un immeuble advenu par succession, et par suite un immeuble en général; nos anciennes coutumes emploient le mot *héritier* comme synonyme de *propriétaire.* Le mot *héritage* n'est employé que pour les immeubles ; il s'est conservé dans le langage juridique en matière de servitudes. L'immeuble qui doit la servitude est appelé héritage *servant*; l'immeuble auquel la servitude est due s'appelle héritage *dominant.* Ces expressions, usitées

dans la doctrine, ne sont pas légales; le code ne les emploie pas, il dit seulement dans deux articles l'héritage *assujetti* ou *asservi* (art. 695 et 699). Nous emploierons les expressions traditionnelles; elles ne présentent plus d'inconvénient depuis que les abus de la féodalité ne sont plus que de l'histoire (n° 127).

Ce premier caractère des servitudes fait connaître le motif pour lequel le code a maintenu les servitudes réelles. Si la loi permet d'amoindrir, d'asservir un héritage, c'est pour augmenter l'utilité d'un autre héritage dont la culture, l'habitation, l'exploitation sont améliorées par l'établissement de la servitude : ce que l'un des héritages perd, l'autre le gagne (n° 128). Par *héritage* ou *fonds*, on entend les bâtiments et les fonds de terre (art. 687). Les autres immeubles ne sont pas susceptibles de servitudes; ce sont des immeubles fictifs, et c'est l'amélioration des héritages réels que la loi a entendu favoriser (n° 129).

L'article 687 dit que les deux héritages doivent appartenir à des propriétaires différents. C'est l'application du vieil adage que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *res sua nemini servit*. Le propriétaire de deux fonds peut bien faire servir l'un de ces fonds à l'autre, mais cet usage est un attribut de la propriété; c'est donc l'exercice de la liberté et non d'un droit de servitude (n° 141).

Les deux héritages doivent-ils être contigus ou voisins? Non, la loi ne l'exige pas, le projet de code qui exigeait le voisinage a été modifié, sur les observations du Tribunat. D'ordinaire, les héritages sont voisins et même contigus; mais ils peuvent aussi ne pas l'être. Je puis stipuler le droit de puiser de l'eau dans un fonds situé à une grande distance du mien, si dans mon voisinage il n'y en a pas (n° 143).

619. L'article 686 établit un second caractère de la servitude : elle doit être établie *pour un fonds*, c'est-à-dire que la charge est imposée sur un *héritage* pour l'*usage* et l'*utilité* d'un *autre héritage*. Il faut donc que la charge imposée sur le fonds servant procure une utilité au fonds dominant, en ce sens que tous ceux qui occupent le fonds dominant profitent de la charge. Tel est un droit de passage. Si la charge ne profitait qu'à la personne qui la stipule, il n'y aurait pas de servitude. L'article 686 défend de stipuler les servitudes en faveur de la personne, et il

défend aussi d'imposer la charge à une personne : le service doit être imposé à un fonds et pour un fonds. Si le service est de telle nature qu'il ne puisse être rendu que par la personne et non par un fonds, il ne peut plus être question d'une servitude. Telle serait la charge stipulée à titre de servitude, et consistant en ce que les habitants d'une commune battront les étangs pendant la nuit ou laboureront les champs au profit d'un autre héritage. Ces charges étaient imposées jadis à titre de corvées; on ne peut pas les rétablir sous le nom de servitudes, parce que ce n'est pas un service rendu par un héritage à un autre héritage; c'est une obligation contractée par une personne et que la personne seule peut remplir. La loi ne permet pas non plus de stipuler au profit d'une personne une charge qui serait un démembrement de la propriété du fonds servant. Dans l'ancien droit, on admettait que toute servitude réelle pouvait devenir personnelle, si elle était stipulée au profit d'une personne, au lieu de l'être pour un fonds. Le code ne le permet plus; il semble même le défendre en termes absolus, de crainte que, sous le nom de servitudes établies au profit d'une personne, on ne rétablisse les servitudes féodales. Toutefois, l'article 686 reçoit une restriction ; le code maintient en réalité trois servitudes personnelles, l'usufruit, l'usage et l'habitation, bien qu'il ne leur donne pas ce nom. Mais toute charge qui ne rentre pas dans une de ces trois servitudes ne peut plus être stipulée à titre de servitude personnelle (n[os] 144, 145 et 148).

Est-ce à dire qu'on ne puisse plus stipuler une charge au profit d'une personne? On le peut, à titre d'obligation, on ne le peut pas, à titre de servitude, c'est-à-dire de droit réel. Ainsi, je puis stipuler pour ma personne le droit de passer par le fonds de mon voisin : ce sera un droit de créance, ce ne sera pas un droit réel. Mais le droit de passage peut être établi au profit d'un fonds, à titre de servitude. Ainsi un seul et même droit peut être stipulé comme droit de créance ou comme droit réel; il y a, entre les deux droits, les différences qui existent entre les droits de créance et les droits réels. Dans le droit de passage stipulé au profit de la personne, il y a un créancier et un débiteur, et le créancier n'a action que contre le débiteur; tandis que le droit de passage stipulé au profit d'un fonds grèvera le fonds servant, et pourra

être exercé par tout détenteur de l'héritage dominant contre tout détenteur de l'héritage asservi (nº 148).

620. Un troisième caractère de la servitude, c'est la réalité de la charge et du droit. Le code considère la servitude comme une charge qui grève le fonds servant; cette charge est un droit pour l'héritage dominant. La charge et le droit ont la même nature, la charge est réelle et le droit est réel. Le code range les servitudes parmi les droits réels immobiliers (art. 526), puisqu'elles sont établies sur un fonds et en faveur d'un fonds. La servitude diffère de l'usufruit, en ce sens que l'usufruitier a un droit détaché de la propriété, de sorte qu'il ne reste au propriétaire qu'une nue propriété, tandis que la servitude ne se conçoit pas détachée du fonds; c'est une qualité du fonds dominant et du fonds servant. Voilà pourquoi les servitudes ne peuvent pas être vendues, hypothéquées, louées séparément du fonds; tandis que le droit d'usufruit peut être cédé, loué, hypothéqué (nº 152).

621. La perpétuité de la cause est-elle un caractère essentiel des servitudes? Elles sont une qualité du fonds, et participent par conséquent de la nature du droit de propriété; la propriété étant perpétuelle, la servitude l'est également. Mais la perpétuité n'est pas de l'essence de la propriété, et il en est de même de la servitude. Toujours est-il que la propriété temporaire est une rare exception, de même que la servitude temporaire. Sous ce rapport, les servitudes diffèrent des autres droits réels. Les servitudes personnelles sont essentiellement viagères; l'emphytéose et la superficie ont une durée limitée; les hypothèques sont un accessoire de la dette principale, laquelle est destinée à s'éteindre par le payement. Pourquoi en est-il autrement des servitudes réelles? La loi permet de détacher une utilité que le propriétaire pourrait tirer de son héritage pour l'attacher à un autre héritage; cela suppose que l'intérêt de la propriété exige cet échange de services; or, l'intérêt des fonds est en général un intérêt perpétuel. En ce sens on peut dire que la cause des servitudes est perpétuelle (nº 154).

622. Les servitudes sont-elles indivisibles? Pothier enseigne l'affirmative; et telle est aussi l'opinion des auteurs modernes. Le code ne prononce pas le mot d'indivisibilité, au titre des *Servitudes;* mais il consacre les applications les plus usuelles de la

doctrine de Pothier (art. 700, 709 et 710); nous y reviendrons. Pour le moment, il suffit de constater en quel sens les servitudes sont indivisibles. Elles ne peuvent pas s'acquérir pour une quote-part mathématique; on ne conçoit pas même que l'on achète un cinquième du droit de passer par un fonds, ni que l'on possède et prescrive un cinquième du droit de vue sur un héritage. Cela est aussi vrai de l'extinction des servitudes. Les servitudes sont encore indivisibles en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles affectent chaque partie de l'héritage servant. Cela n'empêche pas que l'exercice des servitudes puisse être limité quant au lieu, au temps et au mode; et si cela peut se faire par convention, cela peut aussi se faire par prescription (nos 156 et 157).

623. L'article 639 distingue trois espèces de servitudes : celles qui dérivent de la situation naturelle des lieux, celles qui sont imposées par la loi et celles qui sont établies par les conventions entre particuliers. Les servitudes peuvent aussi être léguées; il faut donc dire que les servitudes sont établies par le fait de l'homme, ce qui comprend les contrats et les testaments (nº 170).

Les servitudes que le code appelle naturelles ou légales ne sont pas, la plupart, de véritables servitudes. Quand la loi dit que le propriétaire qui a une source dans son fonds en peut user à sa volonté, elle ne fait que consacrer une conséquence du droit de propriété (art. 641); il en est de même de l'action en bornage et du droit de se clore (art. 646 et 647). La mitoyenneté des murs, des fossés et des haies n'a rien de commun avec les servitudes; cette matière est régie par les principes sur la copropriété (nº 171). Ailleurs le code assimile les charges qu'il appelle servitudes légales à des *quasi-contrats*, d'où l'on devrait induire que ce sont des droits de créance; la loi leur donne même le nom d'*obligations* (art. 1370, 651, 652 et 639). Cela n'est pas exact; les charges sont réelles, puisqu'elles grèvent le fonds entre les mains de tout possesseur. Mais, quoique réelles, ce ne sont pas de véritables servitudes; la servitude implique un assujettissement qui déroge au droit commun et à la liberté générale; or, les charges dont nous parlons grèvent tous les fonds, et forment par conséquent le droit commun des héritages (nº 173). Il faut

donc appliquer à ces charges les principes qui régissent les droits réels (n° 174); mais les règles que le code établit pour les servitudes proprement dites, celles qui résultent du fait de l'homme, ne sont pas applicables de plein droit aux servitudes naturelles et légales, puisque ces charges ne sont pas des servitudes; on ne peut appliquer ces règles que par voie d'analogie (n° 177).

CHAPITRE II.

DES SERVITUDES QUI DÉRIVENT DE LA SITUATION DES LIEUX.

§ I. *Des cours d'eau.*

N° 1. DE LA PROPRIÉTÉ DES COURS D'EAU.

Sommaire.

624. A qui appartiennent les sources? Quel est le droit du propriétaire?
625. Ce droit peut être restreint : 1° Par titre.
626. 2° Par prescription.
627. 3° Par le droit d'une communauté d'habitants.
628. A qui appartiennent les eaux pluviales?
629. De la propriété de l'étang.
630. Des rivières navigables et des concessions qui peuvent être faites aux riverains.
631. Des rivières non navigables. Droits des riverains.
632. Pouvoir réglementaire de l'administration et des tribunaux en matière de cours d'eau non navigables.

624. « Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté » (art. 641). C'est une conséquence du droit de propriété, laquelle comprend la propriété du dessous du sol (art. 552). Le propriétaire de la source peut en user à sa volonté; c'est une propriété absolue. Il en résulte que ni l'administration ni les tribunaux n'ont le droit d'en réglementer l'usage; ils n'ont ce droit que pour les eaux courantes qui appartiennent, à titre égal, à tous les riverains, dont il faut concilier les droits. Quand il s'agit des eaux d'une source, il n'y a rien à concilier, puisque le propriétaire du fonds a seul le droit d'en user (n°s 179

et 180). Le propriétaire de la source peut donc l'absorber en usages agricoles ou industriels, il peut aussi conserver aux eaux le cours que la nature leur donne, en les laissant couler sur le fonds inférieur; c'est, d'après la terminologie du code, une servitude dérivant de la nature des lieux; nous y reviendrons (n° 181).

625. Les propriétaires inférieurs n'acquièrent pas de droit sur les eaux de la source, par le seul fait que le propriétaire les laisse couler sur leurs fonds. En laissant couler les eaux, le propriétaire de la source use d'un droit, et c'est pour les propriétaires inférieurs une charge; or celui qui use d'un droit ne peut pas perdre la propriété d'où ce droit dérive; et ce qui est une charge pour les propriétaires inférieurs ne peut pas être invoqué par eux comme un droit. Quand même, dit Dumoulin, le propriétaire inférieur aurait reçu les eaux depuis un temps immémorial, le fait seul de les recevoir n'enlèverait pas au propriétaire de la source son droit de propriété (n° 187). Pour que les propriétaires inférieurs acquièrent un droit aux eaux de la source, il faut un titre ou la prescription.

Le titre est d'ordinaire une convention qui limite les droits du propriétaire de la source au profit des propriétaires inférieurs. Il en résulte une interversion dans la situation des parties. Le droit absolu du propriétaire du fonds est restreint par la servitude que la convention établit sur son fonds, et l'héritage inférieur, qui était grevé d'une charge, acquiert un droit, il devient le fonds dominant. Quelle est l'étendue de cette servitude? Cela dépend des stipulations des parties contractantes (n° 190).

626. Le propriétaire inférieur peut acquérir un droit sur les eaux par la prescription, sous les conditions déterminées par l'article 642. Il faut d'abord qu'il ait eu une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années; c'est l'application du principe général de l'article 690, aux termes duquel les servitudes s'acquièrent par une possession de trente ans. Cette possession doit réunir les conditions exigées par la loi (art. 2229). L'article 642 reproduit quelques-unes de ces conditions; il veut que la jouissance soit non interrompue, et que les travaux qui constituent la possession soient apparents : les règles générales sur la prescription sont applicables, par cela seul que le code n'y a pas dérogé (n° 197). La prescription commence à courir

« à compter du moment où le propriétaire inférieur a fait et terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. » La loi n'exige pas que les travaux soient faits sur le fonds supérieur, et cette condition ne résulte pas des principes. Tout ce que la loi veut, c'est que la possession du propriétaire inférieur soit à titre de propriétaire : c'est une question de fait que le juge décide d'après la nature des ouvrages et les circonstances de la cause (nº 203). Quel est l'effet de la prescription? Elle restreint le droit du propriétaire de la source : il était libre d'user des eaux à sa volonté, il perd ce droit absolu par la servitude. Quant à l'étendue de la servitude, elle dépend de la possession sur laquelle elle se fonde ; c'est le droit commun (nº 209).

627. Le droit du propriétaire de la source reçoit encore une restriction : « Il ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire » (art. 643). C'est une servitude que la loi établit pour cause d'utilité publique; la seule condition qu'elle exige, c'est que les eaux soient *nécessaires* à une *communauté* d'habitants (nº 210). Quel est le droit que la loi accorde aux habitants? Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, dit l'article 643. Il avait ce droit, comme propriétaire ; la loi le lui enlève, dans l'intérêt de la communauté à laquelle les eaux sont nécessaires ; les habitants peuvent s'opposer à ce que le propriétaire de la source en change le cours : c'est le seul intérêt public à raison duquel le législateur restreint la propriété, et tel est aussi le seul droit qu'il donne à la communauté, pour lui assurer la jouissance des eaux (nº 217). Le propriétaire a droit à une indemnité, puisqu'il subit une expropriation partielle ; mais cette indemnité n'est pas préalable, comme elle l'est d'après le droit commun ; la raison en est qu'il y a nécessité, l'eau étant un élément de vie aussi indispensable que l'air (nº 221).

L'article 643 dit que l'indemnité ne sera due que si les habitants n'ont pas *acquis* ou *prescrit* l'usage des eaux. S'ils l'ont acquis par titre, la convention aura réglé les droits et obligations des parties. S'il y a prescription, il ne peut plus être question d'indemnité, puisque le propriétaire a perdu son droit à l'indemnité ; car il s'agit d'une prescription extinctive, la prescription

acquisitive est inutile aux habitants, puisqu'ils tiennent leur droit de la loi (nº 222).

628. Le code ne parle pas des eaux pluviales. De là de grandes controverses. Nous nous bornons à établir le principe. Les eaux pluviales appartiennent, par droit d'accession, au propriétaire du fonds sur lequel elles tombent : le propriétaire a la propriété du dessus, donc des eaux pluviales qui se trouvent sur son héritage (nº 223). Il en est des eaux pluviales comme des eaux de source. Que l'eau sorte d'un fonds, ou qu'elle s'y infiltre, ou qu'elle le couvre, toujours est-il qu'elle se confond avec le sol, elle appartient donc au maître du sol, au même titre que le sol : c'est dire qu'il en a la propriété pleine et entière. Le propriétaire peut absorber les eaux pluviales en usages agricoles, industriels ou de simple agrément, il peut les dériver; alors même qu'il les aurait laissées couler pendant un temps immémorial sur le fonds inférieur, il pourra toujours les retenir pour en user à sa volonté (nº 224). Ce droit absolu peut être restreint par titre ou par prescription (nº 230); mais la servitude que l'article 643 établit en faveur d'une communauté, sur le cours d'une source, ne peut pas être étendue aux eaux pluviales : il n'y a pas d'expropriation légale sans loi (nº 232).

629. Les étangs sont une propriété privée. On appelle étang un amas d'eau contenu par une chaussée. Une ou plusieurs ouverture ou bondes, pratiquées dans le point le plus bas, servent à mettre l'étang à sec, soit pour le pêcher, soit pour le cultiver. Un déversoir, dont la hauteur et la largeur se calculent sur le volume d'eau que l'étang peut contenir sans que les terres voisines soient inondées, ouvre une issue aux eaux et garantit par là les héritages voisins de l'inondation. Le propriétaire de l'étang est propriétaire de tout le terrain que l'eau doit couvrir quand elle est à la hauteur de la décharge de l'étang. « Réciproquement, dit l'article 558, le propriétaire de l'étang n'acquiert aucun droit sur les terres riveraines que son eau vient à couvrir dans des crues extraordinaires. » Ces dispositions sont fondées sur le droit des riverains et sur l'obligation de celui qui construit un étang; il doit le faire de manière que l'étang ne puisse nuire aux riverains, il doit donc être propriétaire des terrains que les eaux couvrent dans les crues ordinaires. Partant il a dû établir la hauteur de la

décharge, en tenant compte du volume d'eau que l'étang peut contenir sans inonder les terres riveraines. Quant aux crues extraordinaires, ce sont des inondations qui ne donnent aucun droit au propriétaire de l'étang, parce qu'elles n'empêchent pas les riverains de conserver leur propriété (n° 241).

Il résulte de l'article 558 une présomption de propriété en faveur du propriétaire de l'étang; il est présumé propriétaire du terrain que l'eau couvre quand elle est à la hauteur de la décharge, sauf aux riverains à faire la preuve contraire. Cela suppose qu'il y a un déversoir, c'est une condition requise pour que la présomption existe. S'il n'y a pas de déversoir, la présomption cesse, et par suite la question de preuve se décide d'après le droit commun (n° 246).

630. Les rivières navigables et flottables sont une dépendance du domaine public (art. 538). Il suit de là que les riverains n'y ont aucun droit; destinés à l'usage de tous, ces cours d'eau ne sont pas susceptibles d'une propriété privée. Toutefois le code n'entend pas proscrire tout usage des voies navigables dans l'intérêt des riverains. Peu importe qu'elles servent à la navigation, ce service n'exige qu'un certain volume d'eau; l'excédant peut être utilisé par les riverains, soit pour l'irrigation des terres, soit pour la marche des usines : l'agriculture et l'industrie sont aussi des intérêts généraux, et il serait absurde de sacrifier l'un de ces intérêts à l'autre. Le droit de se servir des eaux s'accorde par voie de concession. Les rivières navigables n'étant pas susceptibles d'appropriation, les concessions que les riverains obtiennent restent subordonnées à l'intérêt général; elles sont toujours révocables, et si elles sont révoquées, l'État ne doit aucune indemnité aux riverains, puisqu'il ne leur enlève aucun droit (nos 254 et 255).

631. Les rivières non navigables appartiennent, dans notre opinion, aux riverains; mais leur droit n'est pas la propriété absolue définie par l'article 544; c'est une propriété limitée, en ce sens que la nature destine les eaux courantes à l'usage de tous les riverains, et la loi consacre le vœu de la nature : « Celui dont la propriété borde une eau courante peut s'en servir, à son passage, pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user, dans l'intervalle qu'elle y parcourt,

mais à la charge de la rendre, à la sortie de son fonds, à son cours ordinaire » (art. 644). Les droits des riverains diffèrent donc, selon que leur propriété borde la rivière, ou qu'elle est traversée par un cours d'eau ; dans la première hypothèse, ils ne peuvent pas détourner le cours de l'eau ; ce serait enlever aux coriverains un droit que ceux-ci exercent au même titre (n° 279). Le droit de se servir des eaux appartient à tous les riverains, sans qu'il y ait à distinguer entre les fonds supérieurs et les fonds inférieurs (n° 277). Quel est le volume d'eau que chacun peut prendre dans le domaine commun? Le riverain supérieur ne peut pas absorber l'eau, quand même il prétendrait que toute l'eau lui est nécessaire pour les besoins de sa propriété; s'emparer de toutes les eaux, ce serait rendre illusoire le droit des riverains inférieurs. Pour concilier les divers intérêts, la loi donne aux tribunaux le droit de réglementer l'usage des eaux; nous y reviendrons (n° 282). Reste à savoir à quel usage les riverains peuvent employer les eaux. La loi ne prévoit que les besoins de l'agriculture : est-ce à dire qu'elle exclue les autres usages, notamment l'affectation des eaux à l'industrie? Non, le texte n'est pas restrictif, et l'esprit de la loi n'est pas douteux. Si l'on admet que les riverains sont propriétaires, il n'y a pas même de question ; ils font de leur droit l'usage qui leur convient, sauf à l'exercer de manière à ne pas léser le droit égal des autres riverains (n° 283).

Le propriétaire des deux rives peut détourner la rivière dans l'intervalle qu'elle parcourt en traversant son héritage; cette faculté ne lèse en rien les riverains inférieurs, puisque les eaux doivent être rendues à leur cours ordinaire au moment où elles sortent du fonds supérieur. Sauf ce privilége, les droits du propriétaire des deux rives ne diffèrent point des droits qui appartiennent au propriétaire d'une seule rive ; il ne peut pas absorber les eaux, puisque la loi lui permet seulement de s'en servir, en ajoutant qu'il doit les rendre à leur cours ordinaire, au sortir de ses fonds ; mais il peut s'en servir à toute espèce d'usages, de même que tous les riverains, et avec la même restriction (n°s 286 et 288).

632. L'administration a le droit de réglementer les cours d'eau non navigables, le code civil le dit implicitement, en ordon-

nant aux tribunaux d'observer les règlements locaux sur le cours et l'usage des eaux. Il y a d'ailleurs des lois générales, celles du 20 août 1790, du 6 octobre 1791 et du 4 floréal an XI, qui chargent les administrations départementales d'assurer le libre cours des eaux et de les diriger vers un but d'utilité générale. D'après notre législation, les conseils provinciaux sont investis du pouvoir réglementaire (loi communale, art. 90, nº 12) (nº 314).

Les tribunaux ont aussi un certain pouvoir de réglementation en cette matière : « S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété » (art. 645). Quelle est la limite qui sépare l'action de l'administration et celle de la justice? L'administration n'intervient que dans un but d'utilité générale. Les tribunaux jugent les contestations que l'usage des eaux fait naître; ils ne statuent que sur des intérêts purement privés, pour mieux dire sur des *droits* privés (nºs 317 et 318). L'administration provinciale prend aussi des mesures qui touchent à des intérêts individuels, mais elle ne décide jamais sur des *droits* privés, elle règle toujours des *intérêts généraux*. En quel sens et pourquoi les tribunaux ont-ils un pouvoir réglementaire? Les droits des riverains ne sont pas une propriété absolue; tous les riverains ont un droit égal, et le droit de l'un modifie nécessairement le droit de l'autre. Ici il y a lieu de concilier les droits de l'agriculture, de l'industrie et de la propriété qui se disputent l'usage des eaux; il faut harmoniser ces intérêts divers : c'est cette mission que la loi donne aux tribunaux. Mais grande est la différence entre le pouvoir des tribunaux et celui de l'administration. L'autorité provinciale fait des règlements qui ont force de loi; elle intervient quand elle le juge nécessaire ou utile, au point de vue des intérêts généraux dont elle a la direction; elle a l'initiative, aussi bien que le pouvoir législatif, et ses actes obligent la généralité des habitants de la province. Les tribunaux ne prononcent pas sur des intérêts généraux, ils décident des procès entre riverains, donc sur des droits privés. Leurs décisions sont individuelles; ils ne peuvent les rendre que lorsqu'ils sont saisis d'une demande par les parties intéressées, et elles n'ont d'effet qu'entre les parties

qui sont en cause (n° 336). Même entre les parties, les règlements judiciaires n'ont pas l'autorité de chose jugée; ils peuvent être modifiés soit par un règlement administratif, soit par une nouvelle décision des tribunaux. La raison en est, d'une part, que l'administration qui règle les intérêts généraux ne peut être liée par des décisions particulières, et, d'autre part, les jugements, en cette matière, sont basés sur des faits qui varient, et les faits changeant, la décision du juge doit changer également (n° 353).

N° 2. DES SERVITUDES CONCERNANT LES COURS D'EAU.

Sommaire.

633. « Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement » (art. 640). C'est une charge que la nature impose à certains fonds; en ce sens on peut dire que c'est une servitude (n° 354). La condition essentielle requise par l'article 640 est que les eaux découlent des fonds supérieurs sur les fonds inférieurs naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué. Voilà pourquoi le code dit que la servitude dérive de la situation des lieux; la loi n'entend consacrer que l'œuvre de la nature. Ainsi le propriétaire en amont ne pourrait pas changer le cours des eaux de manière à les déverser sur des terrains inférieurs qui, par leur situation, ne devraient pas les recevoir. De là suit encore que si le cours des eaux n'est pas entièrement naturel, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 640. Tel serait le cas où les eaux auraient été recueillies dans un aqueduc ou un canal : ce n'est plus l'œuvre de la nature, donc il ne peut être question d'une servitude naturelle (n° 360).

L'article 640 porte que le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche l'écoulement de l'eau. On doit formuler le principe d'une manière plus large, et dire que le pro-

priétaire inférieur ne peut faire aucun travail qui ferait refluer les eaux sur l'héritage supérieur ou sur les fonds voisins. Son fonds est grevé d'une servitude; il ne peut pas s'en décharger au préjudice du fonds dominant ni des autres fonds qui, d'après la situation des lieux, ne doivent point supporter cette charge (n° 364).

De son côté, le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur. C'est l'application d'une règle générale en matière de servitude. Le propriétaire dominant ne peut faire ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier. Quand y a-t-il changement, en matière de cours d'eau? C'est une question de fait, que le juge décidera par des enquêtes (n° 367). Il y aurait aggravation si le propriétaire supérieur donnait aux eaux un cours plus rapide, et, par conséquent, nuisible aux fonds inférieurs (n° 369).

634. Des lois nouvelles, portées en France et en Belgique ont créé des servitudes pour favoriser l'irrigation. C'est un élément vital pour la propriété et l'agriculture, et à l'agriculture se rattache un intérêt essentiel, l'alimentation des classes laborieuses, qui souffrent par le renchérissement excessif des denrées alimentaires. Les lois nouvelles n'ont pas dérogé au code civil, en ce qui concerne les droits des riverains sur les eaux; mais elles ont interprété le code dans le sens le plus favorable à l'agriculture (n°s 354 et 355).

635. La loi du 27 avril 1843 donne à tout propriétaire, qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux dont il a le droit de disposer, le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires. Cela suppose que les riverains peuvent se servir des eaux pour arroser un fonds non riverain qui leur appartient : sous l'empire du code civil, cela était controversé. La servitude d'aqueduc, créée par la loi de 1848, implique qu'un fonds non riverain peut profiter des eaux dont l'usage appartient au riverain, mais s'il y a un fonds intermédiaire que les eaux doivent traverser; il eût fallu, d'après le code civil, une convention de servitude; la loi nouvelle établit une servitude légale, en ce sens que les tribunaux pourront l'accorder si l'intérêt de l'agriculture l'exige, moyennant une indemnité (n° 375) : comme la servitude

restreint le droit du propriétaire dans un intérêt général, la loi applique au propriétaire exproprié partiellement le principe de l'expropriation pour cause d'utilité publique (n° 389).

636. La loi de 1848 ajoute : « Les propriétaires des fonds inférieurs devront recevoir les eaux des terrains ainsi arrosés. » C'est une servitude d'*écoulement,* qui est la conséquence forcée de la servitude d'*aqueduc*. D'après le code civil, le propriétaire n'aurait pas eu le droit de déverser sur les fonds inférieurs les eaux qui ne sont pas absorbées par l'irrigation, car ces eaux ne découlent pas naturellement du fonds supérieur, puisqu'elles y sont amenées par un aqueduc; il fallait donc étendre la servitude de l'article 640, en obligeant les propriétaires inférieurs à recevoir les eaux. Une indemnité sera due aux propriétaires inférieurs s'ils souffrent un dommage de l'écoulement des eaux sur leurs fonds (n° 394).

637. La loi de 1848 crée encore une troisième servitude, celle d'*appui*. Tout propriétaire qui veut se servir, pour l'irrigation de ses propriétés des eaux dont il a le droit de disposer peut, moyennant une juste et préalable indemnité, obtenir la faculté d'appuyer sur la propriété du riverain opposé les ouvrages d'art nécessaires à sa prise d'eau. Cette faculté est utile comme complément de la servitude d'aqueduc, puis elle profite au propriétaire qui veut se servir des eaux pour arroser un fonds riverain; le lit des rivières étant d'ordinaire inférieur à leurs bords, il est nécessaire d'élever artificiellement le niveau des eaux, ce qui nécessite des barrages, et par suite le droit de les appuyer sur la rive opposée (n° 395).

638. Enfin la loi de 1848 établit une servitude d'*écoulement*, en cas d'*inondation*. Le propriétaire d'un marais ou d'un terrain submergé en tout ou en partie peut obtenir la faculté d'écouler ces eaux nuisibles, par des fossés ou autres ouvrages, à travers les propriétés qui séparent le fonds submergé d'un cours d'eau ou de toute autre voie d'écoulement. Il y a un intérêt agricole à écouler ces eaux, puisqu'on rend à la culture des fonds submergés; et il y a un intérêt de salubrité, les eaux stagnantes engendrant nécessairement des maladies mortelles (n° 405).

Une servitude analogue pour le *drainage* a été établie par la loi du 10 juin 1854. On entend par drainage une méthode particulière de dessèchement du sol. Le drainage intéresse l'agricul-

ture autant que l'irrigation, puisque l'excès d'humidité rend les terres stériles; la loi de 1851 ne fait qu'étendre au *drainage* la servitude d'*aqueduc* établie pour l'irrigation par la loi de 1848 (n° 409).

§ II. *Du bornage.*

Sommaire.

639. Le *bornage* est l'acte par lequel deux voisins indiquent les limites de leurs héritages. On se sert à cet effet de signes matériels appelés bornes; de là le mot *bornage* qui signifie aussi l'action que l'un des voisins a contre l'autre pour le contraindre à planter des bornes. Chacun des deux propriétaires a intérêt à ce que des marques extérieures et certaines séparent leurs fonds, afin d'empêcher les empiétements et les usurpations de l'un au préjudice de l'autre, ainsi que les contestations que le défaut de bornes fait naître.

Le code a tort de placer le bornage parmi les servitudes, puisque c'est l'exercice du droit de propriété (n° 417). Voilà pourquoi l'article 646 dit que *tout propriétaire* peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. La même faculté appartient, et par identité de raison, à ceux qui ont un droit réel dans la chose, tels que l'usufruitier, l'usager, l'emphytéote (n° 424).

Quand les limites sont certaines et non contestées, le bornage est une opération matérielle qui consiste à planter des pierres-bornes ou autres signes de délimitation (n° 431). Cette opération se fait à frais communs (art. 646), c'est-à-dire que chacune des parties supporte la moitié des frais, quelle que soit l'étendue des deux fonds; la raison en est que le bornage est également avantageux aux deux voisins, parce qu'il prévient les anticipations et les procès (n° 435).

§ III. *De la clôture.*

Sommaire.

640. « Tout propriétaire peut clore son héritage » (art. 647). C'est une conséquence du droit de propriété, droit absolu et par

cela même exclusif; or, le seul moyen d'exclure les tiers d'un fonds, c'est de l'entourer d'une clôture. Si les auteurs du code civil ont cru devoir consacrer, au titre des *Servitudes*, un droit qui découle de la propriété, c'est qu'avant 1789, ce droit naturel était méconnu. Il y avait des coutumes qui défendaient de clore les héritages sans la permission du seigneur; c'était une vraie servitude que la féodalité avait introduite, pour assurer aux propriétaires dominants le plaisir de la chasse. Ce privilége odieux fut aboli dans la fameuse nuit du 4 août 1789. Il y avait de plus des servitudes communales qui entravaient le droit de se clore. L'assemblée constituante abrogea toutes ces coutumes, et le code civil reproduit les principes qu'elle a consacrés; de sorte que, loin d'établir une servitude, l'article 647 maintient l'abolition des servitudes qui apportaient des restrictions au droit de propriété (n° 440).

Après avoir déclaré que tout propriétaire peut clore son héritage, l'article 647 ajoute : « sauf l'exception portée en l'article 682 ». Cet article établit une servitude de passage, au profit du propriétaire dont les fonds sont enclavés, sur les fonds de ses voisins. Il va sans dire que celui qui doit souffrir le passage ne peut pas clore l'héritage par lequel le propriétaire enclavé a le droit de passer (n° 441).

L'article 648 dit que le propriétaire qui veut se clore perd son droit au *parcours* et à la *vaine pâture*. On appelle *vaine pâture* une servitude coutumière, en vertu de laquelle les habitants d'une commune peuvent faire paître leurs bestiaux sur les héritages dépouillés de leurs fruits. Lorsque ce droit est réciproque entre deux communes, il prend le nom de *parcours* (n° 443). Ces servitudes n'empêchent pas les propriétaires de clore leurs héritages, mais s'ils le font, ils perdent leur droit au parcours et à la vaine pâture en proportion du terrain qu'ils y soustraient. Chaque propriétaire peut envoyer à la pâture une quantité de bétail proportionnée à l'étendue du terrain qu'il possède dans la commune. Quand un habitant clôt une partie de sa propriété, le nombre de têtes de bétail qu'il peut continuer à envoyer sur les terres des autres habitants de la commune est restreint proportionnellement (n° 454).

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LA LOI.

Sommaire.

641. « Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers » (art. 649). Toute servitude légale est de la plus stricte interprétation : il ne peut pas y avoir de charge légale sans loi.

Le code énumère quelques servitudes d'utilité publique; c'est pour renvoyer aux lois particulières qui sont le siége de la matière (art. 650). Telle est la servitude de marchepied établie, dans l'intérêt de la navigation, sur les héritages qui aboutissent aux rivières navigables (n° 459). L'article 650 place encore parmi les servitudes d'utilité publique celles qui ont pour objet la construction ou la réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. Cette matière est étrangère à notre travail (n° 463).

Il y a d'autres servitudes légales d'utilité publique, dont le code ne parle pas; nous nous bornerons à mentionner celles que l'intérêt de la défense nationale impose aux propriétaires voisins des forteresses. La loi du 10 juillet 1790 (titre I, art. 30) porte : « Il ne sera à l'avenir *bâti* ni *reconstruit* aucune maison ni clôture de maçonnerie autour des places de première et seconde classes, même dans leurs avenues et faubourgs, plus près qu'à 250 toises de la crête du parapet des chemins couverts les plus avancés. » L'arrêté-loi du 4 février 1815 contient une disposition semblable (n° 469).

Le code ne traite que des servitudes légales d'utilité privée; encore renvoie-t-il aux lois sur la police rurale celles de ces servitudes qui sont relatives aux fonds agricoles (art. 652). Nous ferons de même.

§ I. *De la propriété et de le mitoyenneté.*

Sommaire.

642. La première servitude légale dont le code parle est celle des murs, des haies et des fossés mitoyens. C'est une espèce de copropriété. Il y a d'autres cas de copropriété, que la loi ne mentionne pas, et que, dans un ouvrage élémentaire, nous devons nous borner à mentionner. Une chose est parfois affectée à l'usage commun de deux ou plusieurs héritages appartenant à des propriétaires différents. Telles sont les ruelles qui se trouvent entre deux maisons; elles sont destinées à recevoir les eaux pluviales qui découlent des toits, elles servent à l'écoulement des eaux ménagères, et à l'établissement des lieux d'aisances. Ces choses sont un accessoire indispensable des deux héritages, dont l'exploitation deviendrait impossible, ou serait du moins entravée, si les propriétaires ne pouvaient pas se servir des choses dont l'usage est commun. La copropriété, dans ce cas, donne lieu à de grandes difficultés. Nous les renvoyons à notre cours de *Principes*, où elles sont amplement traitées (t. VII, n°s 480 et suiv.).

On peut y rapporter le cas prévu par l'article 664. La loi suppose que les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires. Chaque étage fait l'objet d'une propriété exclusive; mais il y a des choses communes; le code cite les gros murs et le toit; il faut y ajouter le sol et les accessoires tels que la cour et les souterrains. Dans cette singulière espèce, il y a coexistence de la propriété exclusive, qui comprend les divers étages, et de la copropriété qui comprend les choses dont les divers propriétaires ont le droit de se servir. De là suit que les droits et les obligations des propriétaires sont déterminés par les principes qui régissent la propriété et la copropriété. Il faut écarter les règles qui concernent les servitudes, car les choses qui servent à toutes les parties de la maison appartiennent aux propriétaires des divers étages, or *res sua nemini servit* (n°s 487 et 488). Le code ne s'explique que sur les charges communes, et les charges par-

ticulières; encore est-il incomplet. Les divers propriétaires contribuent aux charges communes, chacun en proportion de la valeur de l'héritage qui lui appartient. Quant aux charges particulières, nous renvoyons au texte de l'article 664. Le code ne dit rien des droits. Chaque étage formant une propriété particulière, on applique aux propriétaires les principes concernant la propriété exclusive. Quant aux choses communes, ils sont soumis aux règles de la copropriété. Le droit des communistes n'est plus absolu, chacun ayant un droit égal sur une même chose, le droit de l'un modifie nécessairement le droit de l'autre, en ce sens que l'un ne peut pas faire de la chose commune un usage qui compromette le droit identique des autres copropriétaires (n°s 490-491). Nous renvoyons les détails à notre cours de *Principes* (n°s 492 et suiv.).

643. La mitoyenneté est aussi une copropriété : le mur, le fossé ou la haie, servant de séparation et de limite à deux héritages contigus, appartiennent par portions indivises aux propriétaires de ces héritages. C'est une indivision forcée; l'article 656 le prouve. La loi suppose que le copropriétaire d'un mur mitoyen veut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions : a-t-il le droit de demander le partage? Non, il doit abandonner la mitoyenneté, y compris la propriété du sol sur lequel le mur est bâti. Quel est le motif de cette dérogation au principe de l'article 815 d'après lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision? L'indivision est, en général, vue avec défaveur, comme nous le dirons au titre des *Successions*, tandis que la mitoyenneté est favorable, à ce point que le code permet à chacun, dans les villes et faubourgs, de contraindre son voisin à construire un mur mitoyen et à le réparer (art. 661 et 663). C'est que les avantages que présente une clôture, même mitoyenne, sont si grands, que les inconvénients de la communauté disparaissent. Dans les villes, c'est une condition de sécurité et de paix; sans doute une clôture qui serait la propriété exclusive de l'un des voisins offrirait le même avantage, mais les frais de terrain et de construction seraient alors doublés, les deux voisins ayant chacun intérêt à se clore; en diminuant les frais de moitié, la mitoyenneté écarte l'obstacle de la dépense, elle favorise donc la clôture, et la clôture, même avec indivision forcée, est préférable à des héritages ouverts (n°s 494 et 495).

N° 1. DES MURS MITOYENS.

Sommaire.

644. Un mur est mitoyen lorsque deux voisins l'ont fait construire à frais communs sur les extrémités de leurs héritages; ou, lorsque l'un des voisins l'ayant fait construire sur la limite de son fonds, l'autre en a acquis de lui la communauté. La mitoyenneté est donc, en principe, volontaire, c'est-à-dire conventionnelle. Nos anciennes coutumes avaient admis une restriction à ce principe, que le code a reproduite : l'un des voisins peut forcer l'autre soit à construire un mur mitoyen, soit à lui céder la mitoyenneté d'un mur qui lui appartient. En ce sens la mitoyenneté est une obligation de voisinage, et c'est à ce titre que le code la place parmi les servitudes légales. Cela n'est pas exact, c'est une simple restriction au droit de propriété, et toute restriction n'est pas une servitude; dans l'espèce, il n'y a ni héritage dominant ni héritage servant, il y a copropriété forcée. Nous n'avons rien à dire de l'acquisition de la copropriété par convention volontaire. On applique le droit commun. Nous n'avons à traiter que de la dérogation au droit commun, concernant la construction forcée d'un mur mitoyen, ou l'acquisition forcée de la mitoyenneté (n° 496).

645. « Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins, assis ès dites villes et faubourgs » (art. 663). Aucune loi ne dit ce qu'il faut entendre par ville. Le caractère qui distingue les villes, c'est le genre d'occupation des habitants : les travaux sont-ils commerciaux ou industriels, c'est une ville : sont-ils agricoles,

la commune est rurale. Quant aux faubourgs, il n'y en a plus là où, comme en Belgique, il n'y a plus d'octroi, partant ni murs, ni fossés, ni portes; la question de savoir jusqu'où s'étend la ville est une question de fait (n° 497).

Dans les villes, la clôture est forcée, dans les campagnes, elle est volontaire. Quelle est la raison de la différence? Si elle est forcée dans les villes, c'est pour garantir la sûreté des habitants. La sûreté des personnes et des propriétés est plus facilement exposée dans les villes que dans les campagnes, à raison de la proximité des habitations, de l'étendue de la population, et de l'importance des choses sujettes à être volées. Il suit de là que la clôture forcée est d'ordre public et par suite les parties intéressées ne pourraient pas déroger à la loi (n° 498).

646. « Tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen, en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti » (art. 661). En principe, l'acquisition de la mitoyenneté devrait être volontaire, nul ne pouvant être forcé à vendre ce qui lui appartient, ni à en céder la propriété. Pour justifier cette expropriation, il faut un intérêt général; dans l'espèce, il n'y en a d'autre que celui de ne pas perdre un terrain précieux en constructions inutiles. Ce motif s'applique à la campagne comme aux villes; voilà pourquoi la disposition est générale. Puisqu'il s'agit d'une expropriation fondée sur un intérêt général, il s'ensuit que celui qui demande la cession de la mitoyenneté n'est pas tenu de prouver un intérêt quelconque qu'il aurait à devenir copropriétaire. De même celui qui est copropriétaire exclusif ne peut pas invoquer l'intérêt qu'il aurait à conserver sa propriété exclusive (n°s 504-505).

Quel est l'effet de l'acquisition de la mitoyenneté? L'acquéreur devient copropriétaire du mur; par suite, le vendeur cesse d'être propriétaire exclusif, ses droits ne sont plus que ceux d'un communiste. On admet même généralement que la cession a un effet rétroactif, de sorte que le vendeur serait tenu de supprimer les ouvertures qu'il avait pratiquées dans le mur, alors qu'il était propriétaire absolu. A notre avis, cela n'est pas exact. La rétroactivité est une fiction; elle détruirait, dans l'espèce, des travaux

que le propriétaire avait le droit de faire; or, le législateur seul a le droit de créer des fictions, et lui seul peut invalider des actes faits en vertu de la loi (nos 515 520).

647. Comment se prouve la mitoyenneté? La mitoyenneté résulte toujours d'un concours de consentement, peu importe que le consentement soit libre ou forcé; donc elle est fondée sur un contrat, et en principe il faudrait appliquer les règles établies sur les preuves, au titre des *Obligations*. C'est l'écrit qui forme la preuve de droit commun, dès que la valeur de la chose dépasse 150 francs. Mais le plus souvent, il n'y a pas d'écrit; la construction du mur remonte à des temps très-éloignés, on n'a pas dressé d'acte ou l'acte est perdu. Pour prévenir les contestations qui s'élèvent si facilement entre voisins, le législateur a établi des présomptions, fondées, comme toutes les présomptions, sur des probabilités (no 524).

1° « Dans les villes et faubourgs, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge est présumé mitoyen (art. 653). *Héberge* est un vieux mot, tombé en désuétude, qui signifie toit, couverture. Le mur est la copropriété de deux voisins jusqu'au point où les deux bâtiments de hauteur inégale peuvent profiter du mur commun; l'excédant appartient au propriétaire du bâtiment le plus élevé. Cette présomption de mitoyenneté est fondée sur une probabilité qui approche de la certitude. Les deux voisins ont le même intérêt à la construction du mur qui sépare leurs héritages : n'est-il pas plus que probable qu'ils auront construit le mur à frais communs? La probabilité augmente encore dans les villes où la clôture est forcée. Si l'un des voisins a bâti après l'autre, sans qu'il ait contribué à élever le mur, n'est-il pas probable qu'il aura usé du droit que la loi lui donne d'en acquérir la mitoyenneté? De son côté, le propriétaire du mur n'aurait pas souffert que le voisin appuyât le bâtiment sur un mur qui ne lui appartient pas. Il y a donc une probabilité de copropriété dont le code a fait une présomption légale (art. 1350, no 2). La présomption n'est établie que pour le mur qui sert de séparation entre bâtiments; elle n'existe que si les deux héritages sont des bâtiments; si le mur sépare une maison d'une cour, il n'y a plus de présomption de mitoyenneté, parce qu'il ne peut pas y avoir de présomption légale sans loi (nos 524-526).

2° « Tout mur servant de séparation entre cours et jardins est présumé mitoyen » (art. 653). Ici il n'y a plus à distinguer si les deux héritages sont des cours ou des jardins : la loi ne dit pas que la présomption existe lorsqu'un mur sépare *deux cours* ou *deux jardins,* elle dit que tout mur qui sépare des cours et jardins est présumé mitoyen. Cela est aussi fondé en raison. Le propriétaire d'une maison joignant un fonds non bâti a un intérêt infiniment plus grand à la clôture que son voisin; il n'en est pas de même quand l'un des héritages est une cour et l'autre un jardin; l'intérêt est identique, donc il y a lieu de présumer que la clôture est commune (n° 527);

3° Est encore présumé mitoyen tout mur servant de séparation entre *enclos* dans les champs (art. 653). La loi ne définit pas l'*enclos*; il faut donc dire que toute clôture constitue un enclos, pourvu que le fonds soit clos de tous côtés. Peu importe la nature du terrain clôturé. Ce qui dans les campagnes justifie la présomption, c'est que les deux voisins ont pris soin de se clore entièrement; dès lors il est probable que le mur qui les sépare est commun, l'un et l'autre ayant le même intérêt à sa construction (n° 527).

648. Les présomptions de mitoyenneté admettent la preuve contraire : si, dit l'article 653, il n'y a titre ou marque du contraire. Par *titre*, on entend le fait juridique, vente, donation ou échange, qui prouve que l'un des voisins est propriétaire exclusif du mur; quant à la preuve du titre, elle se fait d'après le droit commun, puisque la loi n'y déroge point, donc par témoins, si la preuve testimoniale est admissible (n° 532).

« Il y a marque de *non-mitoyenneté* lorsque la sommité du mur est droit et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné. » Dans ce cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel est l'égout. La raison en est que l'égout est un inconvénient; si le mur était commun, on ne l'aurait pas construit de manière que l'un des voisins eût seul la charge de l'égout, partant il y a présomption de propriété exclusive en faveur de celui qui supporte seul la charge. Cette marque de non-mitoyenneté, écrite dans le mur, l'emporte sur la présomption générale de mitoyenneté.

Il y a encore marque de non-mitoyenneté lorsqu'il n'y a que

d'un côté ou un *chaperon,* ou des *filets* et *corbeaux de pierre* s'ils y ont été mis en bâtissant le mur. Un *chaperon* est une espèce de toit placé en haut du mur; quand il n'existe que d'un côté, le mur présente un plan incliné, et par suite l'égout est du côté où se trouve le chaperon; de là une probabilité et une présomption de propriété exclusive en faveur du propriétaire qui reçoit les eaux. Le *filet* est la partie du chaperon qui déborde le mur pour empêcher les eaux pluviales de le dégrader; quand il n'y a de filets que d'un côté, la charge de l'égout pèse exclusivement sur le fonds du côté duquel sont les filets, ce qui fait présumer que le maître de ce fonds a la propriété exclusive du mur. Les *corbeaux de pierre* sont des pierres en saillie, destinées à supporter les poutres et solives du bâtiment que l'on construit ou que l'on construira plus tard; dans ce cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont les corbeaux, parce que la construction du mur témoigne que le mur ne doit servir qu'à lui (n° 534).

Les marques de non-mitoyenneté sont des présomptions; elles peuvent être combattues par la preuve contraire. La loi ne le dit pas, mais elle n'avait pas besoin de le dire, puisque tel est le droit commun. Un titre pourrait prouver que le mur est mitoyen, malgré les signes de non-mitoyenneté; il pourrait même établir la propriété exclusive du mur en faveur de celui des voisins du côté duquel ne seraient pas l'égout, les filets ou corbeaux de pierre; les présomptions ne sont qu'une probabilité, et il ne peut être question d'une probabilité quand on est en présence de la certitude (n° 536).

649. Quelles sont les obligations dérivant de la mitoyenneté? La mitoyenneté est une copropriété. De là suit que chacun des voisins est obligé d'apporter à la conservation du mur mitoyen les soins que les bons pères de famille apportent à la conservation de ce qui leur appartient. L'article 655 consacre une conséquence de ce principe : « La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun. » Si les réparations sont devenues nécessaires par la faute de l'un des voisins, les frais seront à sa charge (n° 543).

« Tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de

contribuer aux réparations et reconstructions, en abandonnant le droit de mitoyenneté » (art. 656). C'est l'application d'un principe général : celui qui n'est tenu qu'à raison de la chose qu'il possède peut se décharger de l'obligation en abandonnant la chose. Or, le copropriétaire du mur mitoyen n'est tenu de réparer et de reconstruire qu'à raison de la copropriété ; en abandonnant son droit à la chose commune, il cesse d'être tenu des charges qui sont une conséquence du droit (n° 546). Toutefois, il ne peut pas faire cet abandon si le mur soutient un bâtiment qui lui appartient (art. 656); on ne peut pas se dispenser de la charge en conservant le droit, car on n'a le droit qu'à condition de supporter la charge (n° 548).

Quel est l'effet de l'abandon de la mitoyenneté? Il transporte au copropriétaire la propriété exclusive du mur. Cela ne peut se faire que par concours de consentement, car personne ne peut devenir propriétaire malgré soi. Le consentement peut être tacite : c'est le droit commun (n° 550).

650. Quels sont les droits résultant de la mitoyenneté? La communauté d'une chose donne à chacun des copropriétaires le droit de s'en servir pour les usages auxquels elle est destinée, avec cette restriction qu'il doit en user en bon père de famille, de manière qu'il ne cause aucun préjudice aux autres communistes, et qu'il n'empêche point l'usage que ceux-ci en peuvent faire. A certains égards, la mitoyenneté donne des droits plus étendus que la communauté ordinaire. L'un des communistes ne peut pas faire d'innovation à la chose commune sans le consentement des autres, tandis que le copropriétaire d'un mur mitoyen peut faire des innovations ; il peut exhausser le mur mitoyen, il peut faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur ; le droit de mitoyenneté se rapproche ici du droit de propriété exclusive (art. 657 et 658). Toutefois, la loi n'a pas de principe absolu : aux termes de l'article 662, l'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage, sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. Il résulte de la combinaison de l'article 662 et des articles 657 et 658, que le consentement

du copropriétaire est requis pour tous les ouvrages autres que le placement des poutres et l'exhaussement du mur mitoyen (n° 551).

« Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen » (art. 657). En conséquence, il a le droit de le percer pour y asseoir les poutres et solives qui soutiennent son bâtiment; on lui permet de les placer dans toute l'épaisseur du mur, à deux pouces près, afin que les poutres aient une portée suffisante. Mais ce droit est limité par le droit égal du voisin; si celui-ci veut de son côté asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée, il faut faire réduire les poutres à l'ébauchoir jusqu'à la moitié du mur (n° 552).

« Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen » (art. 658). La loi ne subordonne ce droit à aucune condition (n° 555); seulement celui qui exhausse « doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur ». Il se peut que le mur mitoyen ne soit pas en état de supporter l'exhaussement; dans ce cas, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédant d'épaisseur doit se prendre de son côté (art. 659). La reconstruction se faisant dans l'intérêt exclusif de celui qui exhausse le mur, il est juste que lui seul supporte les frais (n° 558).

Celui qui a exhaussé le mur mitoyen devient propriétaire exclusif de la partie exhaussée. Cela résulte de l'article 660, aux termes duquel le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut en *acquérir la mitoyenneté*; donc, jusque-là, le mur n'était pas mitoyen. Le voisin qui use de ce droit, doit payer la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédant d'épaisseur, s'il y en a. C'est une conséquence du principe établi par l'article 661, en vertu duquel tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le rendre mitoyen. Seulement l'article 660 veut que le voisin paye la *dépense*, tandis que, d'après l'article 661, il paye la *valeur;* sans doute pour empêcher que le voisin ne spécule aux dépens de celui qui exhausse le mur, en le laissant faire, sauf ensuite à acheter la mitoyenneté en payant la moitié de la *valeur*, laquelle est d'ordinaire moindre que la *dépense* (n° 564).

651. Quelle est la limite des droits résultant de la mitoyenneté? La mitoyenneté est une copropriété. Or, le copropriétaire, par cela même qu'il n'a pas de droit exclusif sur la chose, n'a pas le pouvoir absolu que donne la propriété. Il est difficile de préciser la limite exacte des droits qu'il peut exercer sur la chose commune. Pothier pose le principe dans les termes suivants : « Nous devons user de la chose commune en bons pères de famille, et sans causer de préjudice à celui avec qui elle nous est commune. » Le code se borne à prévoir une conséquence du principe sur laquelle il ne pouvait y avoir de doute. D'après l'article 675, l'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant. La raison en est que le mur mitoyen est fait pour se clore et pour y appuyer des ouvrages; il s'ensuit que l'un des voisins ne peut y pratiquer des fenêtres, puisque le mur ne serait plus une clôture, et qu'on ne pourrait plus y appuyer des constructions (n° 567).

N° 2. DES FOSSÉS MITOYENS.

Sommaire.

652. Présomption de mitoyenneté et preuve contraire.
653. Des droits et charges résultant de la mitoyenneté.

652. « Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens » (art. 666). Cette présomption est fondée, comme celle de la mitoyenneté des murs, sur l'intérêt commun des deux voisins dont les héritages sont séparés par un fossé. Peu importe la destination du fossé; qu'il serve à faciliter l'écoulement des eaux, à clore les héritages ou à les borner, toujours est-il que les deux voisins y ont un intérêt égal; il est donc probable qu'ils l'ont creusé à frais communs (n° 569). La présomption peut être combattue par la preuve contraire, titres ou marques de non-mitoyenneté. Quant au titre, nous renvoyons à ce qui a été dit (1) sur le mur mitoyen. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet des terres se trouve d'un côté seulement du fossé (art. 667). La loi en conclut que le fossé est censé appartenir

(1) Voyez, plus haut, n° 648.

exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve. En supposant que les terres rejetées soient utiles, le voisin ne souffrirait point que l'autre riverain en profitât seul, si le fossé était commun ; et quand le rejet est sans valeur et constitue un embarras, le voisin intéressé demanderait qu'il fût fait sur les deux bords du fossé, s'il était commun. Donc, en toute hypothèse, le jet d'un côté établit une probabilité, et la loi fait de cette probabilité une présomption exclusive en faveur du voisin du côté duquel les terres sont rejetées (n° 570).

653. Le code ne parle pas des droits résultant de la mitoyenneté du fossé. Il faut appliquer par analogie ce que nous avons dit (1) des murs mitoyens : le principe est identique. Les terres qui proviennent du curage et qui servent d'engrais se partagent entre les deux communistes, ainsi que les autres produits que l'on peut tirer des fossés, tels que les herbes. S'il se trouve des arbres dans le fossé, ils seront mitoyens comme accessoires du sol (n° 574).

« Le fossé mitoyen doit être entretenu à frais communs » (art. 669). C'est une conséquence des principes qui régissent la mitoyenneté (n° 575).

N° 3. DES HAIES MITOYENNES.

Sommaire.

654. « Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne » (art. 670). La présomption s'applique aux haies sèches comme aux haies vives; le code ne distingue pas, parce que la probabilité sur laquelle la présomption est fondée est la même : c'est l'intérêt commun des deux voisins (n° 576).

La présomption cesse lorsqu'il n'y a qu'un seul des deux héritages en état de clôture. Cela veut dire que, dans ce cas, la haie appartient exclusivement au propriétaire de cet héritage, en vertu d'une présomption de non-mitoyenneté établie par la loi. Le code suit, pour les haies, le principe qu'il consacre pour les

(1) Voyez, plus haut, n° 659.

enclos dans les champs, et pour le mur qui sépare deux bâtiments; il n'admet la présomption de mitoyenneté que si les deux héritages sont clos. Les haies comme les murs sont destinés surtout à clore les héritages; lors donc que l'un des héritages est clos et que l'autre ne l'est pas, on doit supposer que la haie a été plantée par celui qui a pris soin de clore son fonds, car elle complète sa clôture, tandis qu'elle n'est d'aucune utilité pour l'autre voisin dont le fonds est ouvert. Il n'en est pas de même des fossés; ils sont mitoyens, quand même l'un des fonds serait seul clos; il y a toujours un intérêt commun pour les deux voisins à le creuser, c'est l'écoulement des eaux, ce qui suffit pour justifier la présomption de mitoyenneté (n° 578).

Le code ne dit rien des droits et charges qui résultent de la mitoyenneté des haies. On applique le principe de la copropriété. Le bois qui provient de la tonte de la haie et les fruits des arbres qui s'y trouvent se partagent entre les copropriétaires. Chacun d'eux est aussi tenu à l'entretien et aux réparations qui sont à faire (n° 582).

655 « Les arbres qui se trouvent dans la haie mitoyenne sont mitoyens comme la haie » (art. 673). C'est l'application du principe d'après lequel les fruits appartiennent au propriétaire du sol; quand le sol est la copropriété des voisins, les plantes aussi leur appartiennent en commun. On applique à l'arbre mitoyen les principes qui régissent la copropriété (n° 583).

§ II. *Des plantations.*

(*Principes de droit civil*, t. VIII.)

Sommaire.

656. Il n'est permis de planter des arbres qu'à la distance prescrite par l'article 671. Le propriétaire n'a pas le droit de faire des plantations sur la limite précise qui sépare son héritage de celui de son voisin. Il peut, à la vérité, faire sur son terrain ce qu'il veut, mais il ne peut pas empiéter sur le terrain d'autrui. Or, s'il plantait sur la limite de son fonds, l'arbre ou la haie, en grandissant s'étendrait sur le fonds contigu; le corps de l'arbre

ou de la haie se trouverait donc en partie sur un fonds qui n'appartient pas à celui qui les a plantés, et les racines pénétreraient dans le sol d'autrui. Pour empêcher cette usurpation, la loi règle la distance qui doit séparer les plantations de l'héritage du voisin. Cette distance est calculée de façon que, malgré les accroissements que les arbres et les haies prennent, ils n'empiétent pas sur la propriété contiguë (n° 1).

Quelle est cette distance? L'article 671 veut que l'on observe les règlements locaux et les usages. Il maintient donc la diversité du droit, bien que le but du code ait été de l'abolir. C'est que, dans l'espèce, l'uniformité eût été en opposition avec l'esprit de la loi; elle veut que la distance soit telle que les plantations n'empiétent pas sur la propriété du voisin; cela dépend de l'extension que prennent les haies et les arbres, et cette extension varie d'après la nature du sol et des plants; donc la distance doit varier d'après les localités.

Le code maintient les règlements *actuellement existants;* il n'admet pas de règlements postérieurs à sa publication; la raison en est que les règlements ne peuvent pas déroger à la loi. Il n'en est pas de même des usages : un usage peut être changé par un usage nouveau; de là un droit essentiellement variable. A défaut de règlements et d'usages, le code fixe la distance; nous renvoyons, sur ce point, au texte. La distance varie selon que les arbres sont de haute ou de basse tige; les haies sont assimilées à ces derniers. Comme la loi ne définit pas les arbres de haute tige, c'est aux tribunaux de décider si un arbre est de haute ou de basse tige (nos 6 et 7).

657. Si les arbres et haies ont été plantés à une moindre distance, le voisin peut exiger qu'ils soient arrachés (art. 672). Mais s'ils ont été plantés à la distance légale, ils ne doivent pas être arrachés, alors même qu'ils s'étendraient sur le fonds du voisin. La plantation est, dans ce cas, un fait légal; or, les actes conformes à la loi sont toujours maintenus. Le code a tenu compte de l'accroissement que les arbres peuvent prendre, en fixant la distance à laquelle ils peuvent être plantés; si, malgré l'observation de la distance, ils avancent sur l'héritage contigu, c'est un événement extraordinaire, une espèce de cas fortuit qui frappe le propriétaire du fonds. Toutefois la loi s'écarte des principes, en

ce qui concerne les branches et les racines; celui sur l'héritage duquel avancent les branches peut contraindre le voisin à les couper; si ce sont des racines, il a le droit de les couper lui-même. De raison juridique de cette différence, il n'y en a point. C'est une de ces transactions entre le droit et l'équité, que le législateur fait pour maintenir les bonnes relations entre les voisins (nos 15 et 17).

Pourquoi le code ne donne-t-il pas au voisin le droit de couper lui-même les branches, comme il a le droit de couper les racines? C'est encore dans l'intérêt du bon voisinage. Si l'on avait permis au voisin de couper lui-même les branches, il aurait pu, par imprudence ou par malice, détériorer l'arbre, ou même le faire périr. Quant aux racines, on ne pouvait pas défendre au propriétaire du sol de les couper, puisque c'eût été lui défendre de cultiver (no 15).

658. Des arbres étendent leurs branches sur le fonds du voisin. Les fruits qui y pendent appartiennent au propriétaire de l'arbre : c'est le droit commun, et la loi n'y déroge point. Le voisin sur le fonds duquel les fruits avancent n'y a donc aucun droit. Il ne peut les cueillir pour se les approprier, il ne peut les faire siens quand ils tombent, ce sont des choses trouvées, qui appartiennent au propriétaire et qui doivent lui être restituées. Reste à savoir comment le propriétaire récoltera les fruits qui lui appartiennent. La question est très controversée; chaque auteur a son système (no 23). Voici le nôtre. Le propriétaire ne peut pas pénétrer dans le fonds du voisin sans sa permission; s'il ne l'obtient pas, il ne lui reste qu'une action judiciaire, fondée sur ce que le voisin ne peut pas retenir une chose qui ne lui appartient pas. Le voisin devra ou cueillir les fruits pour les remettre au propriétaire, ou permettre à celui-ci de les cueillir lui-même (no 24).

§ III. *De la distance et des ouvrages prescrits pour certaines constructions.*

Sommaire.

659. L'article 674 porte : « Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisances près d'un mur mitoyen ou non ; celui qui veut y construire cheminée, âtre, forge, four ou fourneau, y adosser une étable, ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin. » Le code maintient en cette matière les règlements et usages locaux; l'Exposé des motifs en dit la raison : « La loi ne saurait prescrire l'emploi de tels ou tels matériaux qui n'existent pas également partout : ici l'on a la pierre de taille, là il n'y a que de la brique, et cependant ces éléments sont la vraie, l'unique mesure des obligations ultérieures; car mon voisin, s'il veut construire une cheminée, une forge ou un fourneau, ne peut néanmoins mettre ma propriété en danger, et elle y sera selon qu'il emploiera tels matériaux ou tels autres. Il a donc fallu renoncer à l'uniformité dans une matière qui ne la comporte pas. »

660. Si le propriétaire a construit sans observer les règlements et les usages, le voisin peut demander la destruction des travaux avec dommages-intérêts, s'il y a lieu; ou il peut exiger, du moins, que les mesures prescrites soient exécutées, si cela peut se faire sans démolir les ouvrages. Il se peut que, malgré l'observation des règlements et usages, il résulte des constructions un préjudice pour le voisin; le propriétaire lésé aura-t-il une action en indemnité? Oui, et sans doute aucun; en effet, les mesures prescrites n'ont d'autre objet que de sauvegarder les droits du voisin; on suppose que, moyennant ces précautions, le voisin ne sera pas lésé; si néanmoins il éprouve un dommage, il conserve le droit qu'il tient de la loi, il peut demander la répa-

ration du dommage qui lui a été causé, et, au besoin, la démolition des constructions. Les tribunaux décideront d'après la nécessité des circonstances (nº 31).

§ IV. *Des vues et des jours sur la propriété du voisin.*

Sommaire.

661. Quelles ouvertures le propriétaire peut-il pratiquer dans un mur qui touche à l'héritage d'autrui? D'après les articles 676-679, il faut distinguer. Si le mur joint immédiatement l'héritage d'autrui, le propriétaire peut pratiquer dans le mur des jours à fer maillé et à verre dormant. Le code règle la construction de ces ouvertures et la distance, à partir du plancher, à laquelle on peut les faire. Les *jours* ont pour but unique d'éclairer la chambre où ils sont établis ; ils ne doivent pas procurer de *vue* sur l'héritage du voisin et encore moins permettre au propriétaire de jeter quoi que ce soit sur cet héritage. Voilà pourquoi les jours doivent être à fer maillé et à verre dormant, c'est-à-dire construits de façon qu'ils ne puissent s'ouvrir et qu'ils ne donnent pas moyen de voir sur l'héritage contigu; c'est pour la même raison qu'ils ne peuvent être établis qu'à six ou huit pieds au-dessus du plancher.

Si le mur ne joint pas immédiatement le fonds voisin, le propriétaire y peut pratiquer des fenêtres proprement dites, pourvu qu'il y ait une distance de six pieds entre le mur et l'héritage du voisin s'il s'agit d'une *vue droite* ou fenêtre d'aspect, et de deux pieds s'il s'agit d'une *vue oblique*. On entend par *vues droites* celles qui sont pratiquées dans un mur parallèle à la ligne séparative des deux héritages, et par *vues obliques* celles qui se trouvent dans un mur perpendiculaire à cette ligne et formant avec elles un angle droit. Cela explique la différence de distance que la loi exige pour les vues droites et pour les vues obliques; les pre-

mières sont bien plus gênantes pour le voisin; la loi les appelle des fenêtres d'aspect, pour marquer qu'elles servent à regarder sur l'héritage contigu ; or, le voisin a plus à redouter des regards indiscrets de celui qui voit droit sur sa propriété que de celui qui n'y peut jeter que des regards obliques. S'il n'y a pas une distance de six ou de deux pieds entre le mur et le fonds voisin, le propriétaire n'y peut pas pratiquer de *vues*, il n'y peut ouvrir que des *jours*.

On donne d'ordinaire le nom de *jours* aux ouvertures construites dans un mur contigu à l'héritage voisin; et on appelle *vues* les fenêtres ouvrantes. La terminologie du code n'est pas aussi précise; nous emploierons de préférence les termes exacts dans une matière très-difficile (n° 35).

662. Les *jours* et les *vues* sont-ils des servitudes? Le code a suivi en cette matière le droit coutumier, et les coutumes n'admettaient point le pouvoir absolu du propriétaire; c'eût été rendre la coexistence des hommes impossible. En effet, en vertu de ce droit absolu, le propriétaire du mur y pourrait pratiquer des fenêtres d'aspect, quand même le mur serait contigu au fonds voisin; c'est comme s'il y avait le pied. De son côté, le voisin peut empêcher qu'on ne mette le pied chez lui, et même l'œil; il pourrait donc boucher toutes les ouvertures pratiquées par son voisin. La propriété ainsi conçue serait un état de guerre, c'est-à-dire la dissolution de la société. Les coutumes limitèrent le droit de propriété, en imposant des restrictions à chacun des propriétaires contigus; ce sont ces restrictions qui constituent les servitudes légales. Telle est aussi la doctrine du code. On lit dans l'Exposé des motifs que la servitude légale est l'usage de sa chose, limité dans l'intérêt de la chose d'autrui. En ce sens les *vues* et les *jours* ne sont pas des servitudes; c'est l'exercice de la propriété, telle qu'elle est restreinte par la coexistence des hommes en société. La coutume de Paris et, à sa suite, le code civil appliquent ce principe aux *jours* et aux *vues*. Le propriétaire du mur a le droit d'y pratiquer des *jours*, parce que, sans cette faculté, les maisons deviendraient inhabitables dans les grandes villes, beaucoup de maisons n'ayant ni cour ni jardin; mais ces ouvertures doivent être construites de manière à ne pas trop incommoder le voisin. Alors même qu'il y a une cour ou un

jardin, ces terrains ne sont jamais assez étendus, là où il y a une population agglomérée, pour que les vues s'exercent exclusivement sur la propriété de celui qui les pratique dans son mur ; de là la nécessité d'un nouveau tempérament : une certaine distance prescrite par la loi devra être observée pour concilier le droit que l'un des voisins a de voir, avec le droit qu'a l'autre de ne pas être vu. En procédant ainsi, le propriétaire agit, non à titre de servitude, mais en vertu de son droit de propriété ; et le voisin qui doit souffrir l'exercice des jours et des vues n'est pas grevé d'une servitude, son droit de propriété est soumis à une de ces restrictions que le code admet (art. 544) par un motif de nécessité sociale (n°s 36-39).

663. Le code règle le mode de construction des murs ; nous venons de dire dans quel but. Ils doivent être à fer maillé, c'est-à-dire, comme l'explique le deuxième alinéa de l'article 676, qu'ils doivent être garnis d'un treillis de fer dont les mailles ont un décimètre d'ouverture au plus. Ce treillis est assez inutile, puisqu'il ne s'agit pas de fenêtres ouvrantes ; le législateur a craint sans doute que celui qui habite la chambre éclairée par un jour n'enlève le carreau pour jeter sur le fonds du voisin ce qu'il n'a pas le droit d'y jeter. De plus, la loi veut que le verre soit dormant, c'est-à-dire que le châssis dans lequel il est placé soit fixé au mur de manière qu'on ne puisse pas l'ouvrir. La loi détermine aussi à quelle distance du plancher les jours peuvent être pratiqués : à vingt-six décimètres (huit pieds), si c'est au rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) pour les étages supérieurs. Le code ne limite pas la hauteur ni la largeur des jours, puisque cela est indifférent au voisin (n° 52).

664. Quant aux vues ou fenêtres d'aspect, la loi distingue si elles sont droites ou obliques, et elle fixe en conséquence la distance à laquelle elles doivent se trouver du fonds voisin ; elle est de dix-neuf décimètres pour les vues droites, et de six décimètres pour les vues de côté. La distance est calculée de manière que les vues ne peuvent causer au voisin qu'une de ces incommodités que le voisinage produit nécessairement, et que chacun doit supporter, pour que la vie commune devienne possible (n° 54).

L'article 680 dit que les distances prescrites par les articles 678 et 679 se comptent depuis le parement extérieur du mur où l'ou-

verture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure, jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés. Cette disposition s'applique sans difficulté aucune aux vues droites ; mais elle ne peut recevoir son application littérale aux vues obliques. Il faudrait, d'après le texte, compter la distance depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait; or, en procédant ainsi, on arrive à un résultat absurde, c'est que la plupart des vues de côté seraient impossibles, car le mur devrait être séparé de l'héritage voisin par un espace de six décimètres, tandis que le plus souvent le mur est contigu. Mais peu importe la contiguïté du mur, pourvu que les ouvertures soient éloignées de l'héritage voisin à la distance prescrite par la loi ; c'est donc du point où l'ouverture est pratiquée que la distance doit être calculée; partant la distance de six décimètres doit se compter à partir de l'arête du jambage de la fenêtre (n° 57).

665. Les vues et les jours pratiqués d'après ces dispositions ne donnent au propriétaire du mur aucun droit de servitude sur le fonds du voisin ; c'est l'exercice de la propriété, telle qu'elle est limitée par les nécessités de la société civile. On peut dire que le propriétaire du mur n'est pas libre, puisqu'il ne peut pas faire dans son mur telles ouvertures que bon lui semble ; de son côté, le voisin n'est pas libre, en ce sens qu'il ne peut exclure de son héritage l'œil de celui qui a une vue quelconque sur son fonds. Mais cette restriction à la liberté n'est pas une servitude, car la liberté absolue n'existe pas plus pour les choses que pour les personnes. Voilà pourquoi on appelle ces vues des *vues de droit* (n° 59).

Mais le propriétaire peut acquérir le droit de vue à titre de *servitude* sur le fonds du voisin. Il y a une servitude de vue, consistant à avoir des fenêtres d'aspect sur l'héritage d'autrui, et qui à pour effet d'empêcher le propriétaire du fonds servant d'obstruer la vue en bâtissant. Cette servitude peut s'établir par la prescription, puisqu'elle est continue et apparente. Il suit de là que le propriétaire du mur qui y pratique des fenêtres ouvrantes donnant immédiatement sur la propriété de son voisin, et qui les possède pendant trente ans, a acquis par la prescription la servitude de vue. Le propriétaire du mur avait seulement le droit

d'ouvrir des *jours*; il pratique des *fenêtres*; si ces fenêtres subsistent pendant trente ans, il aura acquis par la prescription la servitude de *vue*, de sorte que le voisin sera grevé de la servitude de ne pas bâtir, comme nous l'expliquerons au titre des *Servitudes* (n° 61).

§ V. *De l'égout des toits.*

Sommaire.

666. « Tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin » (art. 681). Il peut les verser sur la voie publique, parce que tel est l'un des usages que les riverains peuvent faire des voies de communication; il ne peut pas les verser sur le fonds de son voisin, parce que ce serait empiéter sur son droit de propriété, et sur le droit d'exclusion qui en résulte; il faut donc qu'il construise le toit de manière que les eaux s'écoulent sur un terrain dont il a la disposition (n° 67).

667. Le propriétaire peut acquérir le droit de verser sur le fonds du voisin les eaux pluviales qui découlent de son fonds; c'est la servitude d'égout. Cela prouve que l'obligation imposée par l'article 681 à tout propriétaire d'établir ses toits de manière que les eaux pluviales ne tombent pas sur le fonds voisin n'est pas une servitude. C'est une conséquence du principe que le propriétaire ne peut rien faire qui lèse les droits de son voisin; or il lèserait son droit s'il déversait sur son fonds des eaux pluviales qui n'y tomberaient pas naturellement (n° 69).

§ VI. *De la servitude d'enclave.*

Sommaire.

668. « Le propriétaire dont les fonds sont enclavés, et qui

n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins, pour l'exploitation de son héritage » (art. 682). C'est une vraie servitude de passage, établie par la loi, dans l'intérêt du propriétaire enclavé, et aussi dans l'intérêt général, puisqu'il est d'intérêt public que les héritages ne demeurent pas inutiles (n° 73). La condition essentielle est qu'il y ait enclave. Il y a enclave, d'après l'article 682, lorsque le fonds n'a aucune issue sur la voie publique. Faut-il une impossibilité absolue de se procurer une issue sur ses propres fonds? La loi semble le dire, mais, ainsi interprétée, elle serait plus sévère pour l'établissement d'un simple droit de passage qu'elle ne l'est pour l'expropriation de tout le fonds; elle se contente, dans ce dernier cas, de l'*utilité* publique (art. 545), sans exiger la *nécessité;* or il y a utilité publique quand le propriétaire enclavé réclame un passage, puisque l'agriculture y est intéressée. La jurisprudence se contente d'une issue insuffisante; la question est donc de fait. Il faut concilier des droits divers : celui du propriétaire enclavé, et celui du voisin que l'on veut grever d'une servitude, par conséquent ni trop de sévérité, ni trop d'indulgence (n° 76).

En donnant au propriétaire enclavé un droit de passage, la loi suppose qu'il est enclavé sans sa volonté. S'il est enclavé par suite d'un partage qui a morcelé le fonds, il n'a pas droit d'exiger un passage de son voisin, puisqu'il tient à lui d'en obtenir un de ses copartageants, et il ne peut pas, par son fait, imposer une servitude aux propriétaires contigus (n° 82). L'enclave doit résulter d'un fait accidentel, tel que l'éboulement d'un terrain, l'invasion des eaux, l'établissement d'un canal, la suppression d'un chemin (n° 86).

669. Les articles 683 et 684 règlent l'exercice de la servitude : « Le passage doit être pris régulièrement du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique. Néanmoins il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé. » Il y a des intérêts opposés qui se trouvent en conflit; le législateur cherche à les concilier.

670. Le propriétaire qui réclame un passage est tenu de payer une indemnité (art. 682). En cas d'expropriation, l'indemnité doit être préalable; d'après le texte de l'article 685, elle ne doit pas l'être; en effet, la loi donne au propriétaire du fonds servant une

action en indemnité; cette action peut se prescrire, et néanmoins le passage devra être continué. Il est vrai que la Constitution belge (art. 11) veut que l'indemnité soit préalable; mais elle suppose que l'expropriation se fait par jugement ou par convention, tandis que, en cas d'enclave, c'est la loi qui exproprie, ou, pour mieux dire, la nécessité (n°s 96 et 97).

L'indemnité est proportionnée au dommage que le propriétaire enclavé occasionne au fonds sur lequel il passe (art. 682). C'est la réparation du dommage causé par la servitude du passage; elle équivaut au prix que le propriétaire enclavé aurait payé s'il l'avait achetée (n° 98). Aux termes de l'article 685, l'action en indemnité est prescriptible : c'est le droit commun, toute action se prescrit. Il ne faut pas conclure de là que la servitude se prescrit : le droit de passage est une servitude discontinue (art. 688), il ne peut par conséquent s'acquérir par la prescription (art. 691). La servitude existe en vertu de la loi, avant tout acte de possession. Elle ne peut pas non plus se perdre par la prescription, puisqu'on ne prescrit pas contre l'intérêt public; le propriétaire enclavé ne peut pas renoncer à un droit qui est établi dans l'intérêt général (n°s 99 et 100).

671. Dans l'opinion générale, le mode d'exercer la servitude se prescrit par une possession de trente ans. A notre avis, il ne peut pas y avoir de prescription en cette matière. La servitude d'enclave est établie par la loi dans un intérêt public; c'est aussi la loi qui règle le mode de l'exercer, et elle le fait en consultant l'intérêt général aussi bien que l'intérêt privé. Ainsi elle veut que le passage soit pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique; elle veut qu'il soit fixé à l'endroit le moins dommageable (art. 683 et 684). Il suit de là que, dans l'intérêt public, la servitude d'enclave est essentiellement variable. Si la condition des fonds change, la servitude doit changer aussi. Supposons que la servitude, dans son principe, n'ait pas pu s'exercer par le fonds qui aurait procuré le trajet le plus court, puisque c'était un fonds bâti; par suite, la servitude a dû être imposée à un fonds non bâti, par lequel le trajet est plus long. Si ensuite le bâtiment est démoli, et si le propriétaire du fonds par lequel le passage s'exerce veut bâtir, pourquoi ne pourrait-il pas demander le déplacement de la servitude? L'article 701 le permet

dans les servitudes établies par le fait de l'homme; on doit appliquer le même principe dans les servitudes légales (nos 101-103).

672. L'article 685 dit que l'action en indemnité est prescriptible. Il s'agit, non de l'action en payement de l'indemnité, mais de l'action en règlement de l'indemnité. Il allait sans dire que l'action en payement d'une dette se prescrit; mais avant qu'il puisse s'agir de payer l'indemnité, il faut que celle-ci soit réglée, ce qui suppose que l'assiette de la servitude est déterminée soit par convention, soit par jugement. Quand la servitude est fixée, le propriétaire du fonds servant a une action en règlement de l'indemnité à laquelle il a droit. Il y a quelque chose de spécial dans la prescription de cette action ; c'est une prescription extinctive, mais elle implique que le propriétaire enclavé exerce le passage sur le fonds voisin ; c'est l'exercice du passage, c'est-à-dire la possession de la servitude qui donne naissance à l'action, et pour que l'action en indemnité se prescrive, il faut naturellement que le propriétaire du fonds enclavé continue à exercer le passage, car c'est l'exercice du passage, à titre de servitude, qui fait naître l'action en indemnité, et qui met le propriétaire du fonds servant en demeure d'agir. Il suit de là que la prescription de l'action en indemnité commence à courir du jour où le passage est exercé (nos 105 et 106).

CHAPITRE IV.

DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

---

§ I. *Division des servitudes.*

Sommaire

673. Les servitudes se divisent en urbaines et rurales ;
674. En continues et discontinues ;
675. En apparentes et non apparentes ;
676. En positives et négatives.

673. « Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première

espèce s'appellent *urbaines*, soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne; celles de la seconde espèce se nomment *rurales* » (art. 687). Cette division existait dans l'ancien droit, et elle avait quelque importance, parce que l'acquisition et l'extinction des servitudes étaient régies par des principes différents, selon qu'elles étaient urbaines ou rurales. D'après le code civil, il n'y a plus aucune différence entre ces servitudes; il était donc inutile de reproduire la classification.

674. Les servitudes sont *continues* ou *discontinues*. D'après l'article 688, « les servitudes *continues* sont celles dont l'usage est ou peut être continuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme ». Il y a des servitudes dont l'usage est continuel : telle est la servitude de ne pas bâtir ou de ne pas bâtir au delà d'une hauteur déterminée. Mais il ne faut pas, pour qu'une servitude soit continue, que l'usage en soit continuel; il peut être intermittent, et néanmoins la servitude sera continue si elle s'exerce sans le fait actuel de l'homme; c'est là le caractère essentiel des servitudes continues. La loi dit *le fait actuel de l'homme*, ce qui se rapporte au moment où la servitude est *exercée*, peu importe que le fait de l'homme soit nécessaire pour l'*établissement* de la servitude. La loi cite comme exemples de servitudes continues les conduites d'eau, les égouts, les vues; il faut le fait de l'homme pour construire l'égout, l'aqueduc, les fenêtres; mais dès que ces travaux sont achevés, la servitude s'exerce d'elle-même, l'eau coule du toit sans le fait de l'homme, elle coule dans l'aqueduc sans son fait, l'air et la lumière pénètrent à travers les fenêtres sans son fait. On pourrait objecter que la servitude de *vue* a pour objet, en partie du moins, de *voir*; et pour voir, il faut nécessairement le fait actuel de l'homme; à ce titre, la servitude de vue serait discontinue; si la loi la range néanmoins parmi les servitudes continues, c'est parce qu'elle a principalement pour objet de procurer l'air et la lumière; la *vue* proprement dite n'est que l'accessoire (n° 127).

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : telles sont les servitudes de passage, de puisage et de pacage. Ce qui caractérise les servitudes discontinues, c'est qu'il faut le fait de l'homme aussi souvent que l'on en veut user; si l'homme n'intervient pas chaque fois, la servitude ne peut pas s'exercer (n° 128).

La division des servitudes en continues et discontinues joue un grand rôle dans l'acquisition des servitudes : les servitudes discontinues ne peuvent s'établir que par titres, tandis que les servitudes continues, quand elles sont en même temps apparentes, s'acquièrent par la prescription et par la destination du père de famille (art. 690-692). Il y a aussi une différence entre les servitudes continues et les servitudes discontinues en ce qui concerne l'extinction des servitudes par le non-usage. Quand elles sont discontinues, la prescription commence à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir, et quand elles sont continues, du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude (art. 708). Nous reviendrons sur ces principes.

675. Les servitudes se divisent encore en *apparentes* et *non apparentes*. On appelle *apparentes* celles qui s'annoncent par des *ouvrages* extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes *non apparentes* sont celles qui n'ont pas de *signe* extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée (art. 689). Dans cette dernière définition, le mot *signe* est synonyme du mot *ouvrage*, dont la loi se sert dans la première; le législateur n'aime pas à répéter le même mot dans le même article (n° 135).

Cette division des servitudes a la même importance que celle des servitudes en continues et discontinues, en ce qui concerne l'acquisition du droit par prescription ou destination du père de famille; nous y reviendrons (n° 137).

676. Toute servitude consiste, de la part du propriétaire du fonds assujetti, à souffrir ou à ne pas faire. De là on appelle servitudes *positives* celles qui obligent le fonds servant à souffrir quelque chose, et *négatives*, celles qui obligent le propriétaire du fonds servant à ne pas faire quelque chose. La servitude de ne pas bâtir ou de ne pas bâtir au delà de telle hauteur est une servitude négative; tandis que les servitudes de vue, de passage, de puisage sont des servitudes positives. Cette distinction a quelque utilité pour ce qui concerne l'acquisition de la possession des servitudes; nous y reviendrons (n° 143).

§ II. *Comment s'établissent les servitudes.*

Sommaire.

677. Elles s'établissent par titre, par prescription et par destination du père de famille.

677. Les servitudes s'établissent par titre, par prescription et par destination du père de famille (art. 690 et 692) (n° 144).

N° 1. DU TITRE.

Sommaire.

678. Qu'entend-on par titre? Faut-il un écrit? *Quid* à l'égard des tiers?
679. Qui peut constituer une servitude?
680. Qui peut acquérir une servitude?

678. Les servitudes s'acquièrent toutes par titre, qu'elles soient continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes (art. 690 et 691). On entend par *titre* le fait juridique qui engendre la servitude; en ce sens, le titre est gratuit ou onéreux. Il n'y a que deux titres gratuits, la donation et le testament; les titres onéreux les plus usuels par lesquels les servitudes s'établissent sont la vente et le partage (n° 145).

Doit-il y avoir, outre le fait juridique, un acte ou un écrit? Il faut distinguer. Quand la servitude est établie à titre gratuit, un écrit est toujours nécessaire pour qu'il y ait servitude. En effet, la donation et le testament sont des actes solennels qui n'existent que lorsqu'ils ont été constatés par écrit : la solennité est requise, dans ce cas, pour l'existence même de la servitude. Nous reviendrons sur les principes, aux titres des *Donations* et des *Obligations*. Quand la servitude est établie à titre onéreux, on doit faire une nouvelle distinction. Entre les parties, les contrats non solennels, tels que la vente et le partage, sont valables par le seul concours de consentement; l'écrit que les parties dressent ou font dresser ne sert que de preuve. La servitude établie par vente est parfaite dès qu'il y a consentement des parties sur la chose et le prix. L'écrit ne sert que de preuve; la servitude peut être prouvée par toute autre preuve légale (n° 147). Quant au titre récognitif dont parle l'article 695, c'est un écrit qui constate la reconnaissance de la servitude par le détenteur du fonds

servant. Si le titre primitif n'existe plus, la preuve de la servitude peut se faire par le titre récognitif comme par toute autre preuve; la disposition est donc inutile (n° 151), et elle est de plus mal rédigée, puisqu'elle ne paraît s'appliquer qu'aux servitudes continues et apparentes, ce qui n'aurait pas de sens. Il faut dire, en un mot, que la preuve des servitudes reste sous l'empire du droit commun.

A l'égard des tiers, la servitude constituée par acte entre-vifs n'existe que lorsque l'acte a été transcrit. C'est l'application de l'article 1er de la loi hypothécaire, qui soumet à la transcription tout acte translatif de droits réels immobiliers; il faut donc un écrit, et même un écrit authentique, puisque les actes authentiques sont seuls admis à la transcription. Nous exposerons le principe au titre des *Hypothèques*.

679. Qui peut constituer une servitude? Le code ne le dit pas, mais les principes ne laissent aucun doute. La servitude est un démembrement de la propriété, elle constitue donc une aliénation partielle de l'immeuble; or, pour aliéner, il faut être propriétaire et capable de disposer. Il faut être propriétaire, car aliéner est un des attributs essentiels de la propriété; donc, pour constituer une servitude; on doit être propriétaire. Il faut encore avoir la capacité d'aliéner; les incapables, quoiqu'ils soient propriétaires, ne peuvent pas exercer les droits qui sont attachés à la propriété; et ne pouvant pas disposer, ils ne peuvent constituer une servitude. Quelle est la capacité qu'il faut avoir? Le constituant doit avoir la capacité de disposer suivant le caractère de l'acte par lequel la servitude est établie; donc le droit de disposer à titre gratuit, quand la servitude est donnée ou léguée, et la capacité d'aliéner quand la servitude est vendue (nos 156 et 160).

680. Qui peut acquérir une servitude? Il faut être propriétaire du fonds en faveur duquel elle est constituée; si elle est établie à titre gratuit, il faut encore être capable de recevoir à titre gratuit, et avoir la capacité de contracter si la servitude est constituée à titre onéreux. Qu'il faille être capable de s'obliger ou de recevoir, cela est d'évidence. Mais pourquoi doit-on être propriétaire du fonds au profit duquel la servitude est stipulée? Acquérir une servitude, c'est améliorer la condition du fonds dominant, et comme c'est au profit du fonds que la servitude est acquise

et non au profit de la personne, le détenteur du fonds doit avoir qualité pour stipuler au nom du fonds ; en effet, il doit y avoir un lien entre le possesseur et le fonds, et ce lien doit être permanent, perpétuel, puisque la servitude est acquise dans un esprit de perpétuité. De là suit que les simples détenteurs qui n'ont aucun droit sur le fonds ne peuvent pas stipuler une servitude au nom du fonds ; tels sont les locataires et les fermiers. Quand même le détenteur aurait un droit réel dans la chose, il serait toujours sans qualité, puisque son droit et, partant, son intérêt ne sont que temporaires. Ils ne peuvent donc stipuler que pour leur personne, ils ne peuvent pas stipuler pour le fonds (n° 164).

N° 2. DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE.

Sommaire.

681. Qu'entend-on par destination du père de famille ?
682. Conditions requises pour qu'il y ait servitude par destination du père de famille.
683. Explication de l'article 694.

681. « La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes » (art. 692). Qu'entend-on par destination du père de famille ? Deux héritages appartiennent au même maître ; il emploie l'un des fonds au service de l'autre en pratiquant, par exemple, des vues dans une maison donnant sur un autre de ses héritages. Tant que les deux fonds restent dans la même main, le service que l'un rend à l'autre n'est pas une servitude, parce que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose (1). Il y a seulement destination du père de famille. Mais si les deux héritages viennent à appartenir à des maîtres différents, n'importe à quel titre, le service que l'un des héritages tirait de l'autre devient une servitude, sans qu'il soit besoin d'une déclaration de volonté expresse. Il y a concours de consentement tacite. En cas de vente, les fonds sont vendus dans l'état où ils se trouvent, destinés l'un au service de l'autre ; les parties veulent que ce service continue ; or, il ne peut plus se faire à titre de propriété, leur volonté est donc qu'il se fasse à titre de servitude (n° 172). Il faut pour cela les conditions suivantes.

(1) Voyez, ci-dessus, n° 618

682. 1° « Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au *même propriétaire*, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude. La première condition requise pour que la servitude vienne à naître est donc que l'ancien propriétaire ait destiné l'un des deux fonds au service de l'autre. C'est la destination du père de famille qui est le fondement de la servitude; or, aucune servitude ne peut être établie que par le propriétaire (n° 174) (1);

2° Il faut que le service ait un caractère de perpétuité; le mot de *destination* l'implique; ce n'est qu'à cette condition que le service est établi au profit du fonds; s'il a un caractère temporaire, il est rendu à la personne, dès lors il ne peut être question de servitude (n° 175).

3° Il faut qu'il s'agisse d'une servitude continue et apparente. Cette condition découle de la nature même de la destination. Elle se fonde sur le consentement des parties intéressées; le consentement résulte de la volonté tacite des parties de maintenir l'état de choses qui donne naissance à la servitude; elles doivent donc connaître la destination, c'est-à-dire le service que l'un des fonds rend à l'autre : et elles ne peuvent la connaître qu'en la voyant; de là la condition de l'*apparence*. Si le service que l'un des fonds rend à l'autre est non apparent, on ne peut pas dire que les parties intéressées consentent à le maintenir à titre de servitude, puisque aucun signe extérieur ne leur révèle l'existence de ce service, et dès qu'il n'est pas certain qu'elles le connaissent, il ne peut s'agir d'une volonté tacite; les parties, si elles en ont connaissance, doivent stipuler que l'état des choses sera maintenu, ce qui revient à stipuler une servitude.

Quant à la *continuité* de la servitude, la condition s'explique également par la nature de la destination. Un passage est pratiqué entre deux fonds, appartenant au même propriétaire; il s'annonce par une porte et un chemin. Le deux fonds sont séparés et les parties intéressées maintiennent l'état des choses. Il ne naîtra pas de servitude dans ce cas, parce que la volonté des parties est douteuse. Elles conservent le passage, mais est-ce à titre de

(1) Voyez, ci-dessus, n° 679.

servitude? On ne le sait. Ce peut aussi être tolérance, par suite de relations de bon voisinage. Dans le doute, on ne pouvait pas admettre que le propriétaire du fonds qui rend le service veuille le grever d'une servitude, car c'est lui enlever sa liberté; or pour qu'on renonce à la liberté de sa propriété, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur l'intention de celui que l'on prétend y avoir renoncé; dès que cette volonté est douteuse, il n'y a pas de renonciation (n° 182).

683. L'article 694 porte : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement et passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. » Le sens de cette disposition est très-controversé; nous admettons l'explication que le rapporteur du Tribunat, Albisson, en a donnée.

Un héritage doit un service à un autre héritage, c'est-à-dire qu'il est grevé de servitude. Les deux fonds sont réunis dans la même main; la servitude s'éteint par confusion, bien que le service auquel l'un des fonds était affecté au profit de l'autre continue; ce service se fait maintenant à titre de propriété. Puis le propriétaire dispose de l'un des héritages, sans qu'il soit fait aucune mention de servitude dans l'acte d'aliénation. Naît la question de savoir si la servitude revit. La loi décide qu'elle ne revit pas, à moins qu'il n'y ait un signe apparent de servitude; dans ce dernier cas, une déclaration de volonté n'est pas nécessaire : les choses, dit Albisson, parlent d'elles-mêmes.

L'article 694, ainsi interprété, se concilie avec les articles 692 et 693. Ceux-ci prévoient le cas où une servitude est établie par destination du père de famille, et ils exigent que la servitude soit tout ensemble continue et apparente, pour qu'elle résulte du consentement tacite des parties intéressées; tandis que l'article 694 fait revivre une servitude qui était éteinte par confusion; peu importe quelle était cette servitude, continue ou discontinue, pourvu qu'il y ait un signe apparent qui en annonce l'existence, de sorte qu'une servitude de passage qui se manifeste par une porte tombe sous l'application de l'article 694; elle revit si, après qu'elle a été éteinte par confusion, la confusion vient à ces-

ser, mais elle ne pourrait pas s'établir par destination, puisqu'elle est discontinue. La loi se montre plus facile pour faire revivre une servitude que pour l'établir. La raison en est que la confusion n'éteint pas la servitude, elle en rend seulement l'exercice impossible : d'après la rigueur du droit, la servitude devrait revivre, dès que cette impossibilité cesse. Si la loi exige un signe apparent, c'est pour éviter les surprises (1) (nº 184).

Nº 3. PRESCRIPTION.

Sommaire.

684. « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans » (art. 690). L'article 691 ajoute : « Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir. » Pourquoi la loi exige-t-elle la double condition de l'apparence et de la continuité pour que les servitudes puissent s'acquérir par la prescription? La prescription se fonde sur la possession, mais la possession doit réunir certains caractères. Un des plus essentiels est qu'elle soit publique ; or la possession d'une servitude non apparente n'a point ce caractère de publicité, sans lequel il ne saurait y avoir de prescription. Quant à la continuité, la loi l'exige, parce que, pour les servitudes discontinues, il y aurait incertitude sur le point de savoir à quel titre celui qui les exerce a possédé ; ce peut être à titre de servitude, ce peut être à titre de familiarité et de bon voisinage. La possession ne serait donc pas assez caractérisée pour fonder une prescription : il y aurait à craindre qu'on ne se prévalût, à titre de droit, de ce qui n'était en réalité que possession précaire (nº 195).

Dans l'ancien droit, on avait admis, sur l'autorité de Dumoulin, que la possession immémoriale équivalait à un titre; les auteurs du code l'ont rejeté et avec raison. Dès que la servitude est dis-

(1) Voyez, plus loin, nº 698.

continue, la possession est insuffisante, elle est donc vicieuse, et si elle est vicieuse, quoiqu'elle dure trente ans, elle restera vicieuse pour toujours. Le code maintient cependant les droits acquis, mais la preuve en est devenue impossible : comment des témoins viendraient-ils déposer aujourd'hui d'une possession qui devait être immémoriale en 1804 (n° 193)?

685. La prescription est acquisitive, et fondée sur la possession. Au titre des *Servitudes*, il n'est rien dit des caractères que doit réunir la possession pour qu'elle puisse servir de base à la prescription; il faut donc appliquer les règles que le code établit au titre que est le siége de la matière (n° 202). Nous y reviendrons.

Il y a une autre prescription acquisitive, celle de dix à vingt ans, avec titre et bonne foi. Peut-on acquérir une servitude par cette prescription? La question est controversée. Au point de vue des principes, l'affirmative est certaine; on acquiert par cette prescription la propriété des immeubles, or la servitude est un immeuble. Mais l'article 690 n'a-t-il pas dérogé au droit commun? L'article 2264 porte : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » C'est donc le titre des *Servitudes* qui détermine la prescription en cette matière; cela est décisif au point de vue des textes. Quant à l'esprit de la loi, on peut dire qu'il y avait un motif d'écarter la prescription relativement courte de dix à vingt ans. La possession des servitudes est moins caractérisée que celle des héritages; il est donc plus difficile pour le propriétaire de savoir si l'on prescrit contre lui; voilà pourquoi la loi n'admet que la possession la plus longue pour l'acquisition des servitudes (n° 194).

N° 4. QUELLES SERVITUDES PEUT-ON ÉTABLIR?

Sommaire.

686. L'article 686 porte qu'il est permis aux propriétaires d'établir, sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble. Ce droit dérive du pouvoir que le propriétaire a sur sa chose. Il peut en disposer de la manière la plus absolue (art. 544), ce qui implique la faculté de la

démembrer ou de la grever de droits réels, par conséquent de servitudes.

La loi ajoute deux restrictions. D'abord elle défend d'imposer des services à une personne; c'est la consécration du principe de liberté personnelle. Le code défend aussi de stipuler des services en faveur d'une personne, il permet seulement d'assujettir un fonds à un fonds; ce qui semble interdire toute servitude personnelle. Telle est, en effet, la règle, mais elle souffre exception pour l'usufruit, l'usage et l'habitation, qui sont des servitudes personnelles, quoique le code ne leur donne pas ce nom. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (1).

L'article 686 ajoute une restriction pour les servitudes réelles : elles ne peuvent avoir rien de contraire à l'ordre public. Cela est de droit commun. On entend par *ordre public* l'intérêt général. Par application de ce principe, les servitudes conventionnelles ne peuvent déroger aux lois qui abolissent le régime féodal (nº 219).

§ III. *Du mode d'exercer les servitudes.*

Sommaire.

687. Le mode d'exercer les servitudes se détermine par le titre, la destination du père de famille et la possession.

687. Aux termes de l'article 686, l'usage et l'étendue des servitudes établies par le fait de l'homme se règlent par le titre qui les constitue. Le titre forme, en effet, la loi des parties. La difficulté est de savoir comment il faut interpréter le titre. Les uns se prononcent pour l'interprétation restrictive; les autres disent que, dans le doute, la servitude ne doit pas être limitée. Il nous semble que la loi n'établissant pas de principe spécial en ce qui concerne l'interprétation des titres constitutifs de servitudes, il faut s'en tenir aux règles générales que le code établit, au titre des *Obligations*, sur l'interprétation des conventions. Or, l'article 1156 dit qu'il faut rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes. C'est là une règle fondamentale, parce que la

(1) Voyez, ci-dessus, nº 619.

volonté des parties fait leur loi. Ainsi le titre décidera si la servitude est limitée ou illimitée; si elle est illimitée, en vertu de la volonté des parties, le juge n'a certes pas le droit de la restreindre (n° 225).

Quand la servitude est établie par destination du père de famille, cette destination doit être consultée pour déterminer l'étendue de la servitude. Il y a une différence entre la destination et le titre. Celui-ci constate la volonté expresse des parties, et cette volonté fait loi; le droit sera donc illimité, si les parties le veulent. La destination, au contraire, repose sur la volonté tacite des parties, et cette volonté est nécessairement limitée à l'état des choses qui existe lors de la séparation des fonds; c'est cet état qui doit être maintenu. De là suit que la servitude se restreint à l'usage auquel le père de famille avait destiné l'un des fonds; car les parties ne veulent maintenir que ce que le père de famille avait établi; c'est tout ce que l'on peut induire de leur silence (n° 235).

Il y a des servitudes qui s'établissent par la possession de trente ans. La possession étant le titre sur lequel repose la servitude, c'est la possession qui en détermine l'étendue. L'interprétation, dans ce cas, est essentiellement restrictive. On dit : *tantum præscriptum, quantum possessum;* si j'ai possédé deux fenêtres, je ne puis en ouvrir une troisième (n° 236). La possession sert aussi à expliquer l'étendue de la servitude constituée par titre, alors même que la servitude serait discontinue : l'exécution que les parties donnent à leurs conventions est l'interprétation la plus naturelle de ce qu'elles ont voulu (n° 237).

§ IV. *Droits du propriétaire de l'héritage dominant.*

Sommaire.

688. Il peut faire les travaux nécessaires pour user de la servitude et la conserver. Qui supporte les frais de ces ouvrages?
689. Des servitudes accessoires auxquelles a droit le propriétaire du fonds dominant.
690. Les droits du propriétaire du fonds dominant reçoivent une restriction résultant de la liberté du fonds servant.

688. « Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver » (art. 697).

C'est l'application de la maxime, que celui qui veut la fin veut les moyens. Si le titre énumère les ouvrages que le propriétaire du fonds dominant peut faire, cette énumération ne peut pas être considérée comme restrictive; il serait absurde de refuser à celui qui a une servitude les moyens nécessaires pour l'exercer (n° 239). Il peut faire ces ouvrages sur le fonds servant : c'est ce cas que l'article 697 a en vue, car, sur son propre fonds, le propriétaire peut tout faire, pourvu qu'il n'aggrave pas la condition du fonds assujetti. Quand il fait des ouvrages sur ce fonds, son droit est restreint à ceux qui sont nécessaires pour user de la servitude ou pour la conserver. C'est une question de fait (n° 240).

Qui supporte les frais de ces ouvrages? L'article 698 pose comme règle que les travaux sont aux frais de celui à qui la servitude est due, et non à charge du propriétaire du fonds servant. La raison en est que celui-ci est tenu, non à faire, mais à souffrir. Toutefois, les parties peuvent stipuler que le propriétaire du fonds assujetti devra supporter les frais. Cette charge peut être réelle ou personnelle; la loi suppose que dans l'intention des parties elle est réelle (art. 699), c'est-à-dire que tout propriétaire du fonds sera tenu de payer les frais des travaux nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver; par là l'exercice de la servitude est toujours assuré. Mais rien n'empêche les parties de faire cette stipulation, à titre d'obligation personnelle; dans ce cas, le propriétaire du fonds dominant sera un créancier, et il n'aura d'action que contre son débiteur (n°s 242 et 243).

L'article 699 consacre une conséquence de la réalité de la charge; il permet au propriétaire du fonds servant de s'en affranchir en abandonnant le fonds au propriétaire de l'héritage dominant. C'est tout le fonds qui doit être abandonné, parce que c'est tout le fonds qui est assujetti, quand même la servitude, comme la servitude de passage, ne s'exercerait que sur une partie du fonds, à moins que le droit de passage n'ait été limité à la partie du fonds sur laquelle il s'exerce (n° 245). Celui qui fait l'abandon cesse d'être propriétaire, et celui à qui il est fait le deviendra par son acceptation (n° 246).

689. « Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de

puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage » (art. 696). C'est encore une application du principe que celui qui veut la fin veut les moyens. Il suit de là qu'il y a des servitudes auxquelles le maître du fonds dominant a droit à titre d'accession, et il ne peut les réclamer qu'à ce titre. Ainsi, dans l'exemple que la loi donne, le propriétaire du fonds dominant ne peut passer par le fonds servant que pour puiser de l'eau; il n'a pas le droit de passage, en dehors de la servitude de puisage. Il suit de là que les servitudes accessoires n'existent que sous la condition de la nécessité; on ne peut les réclamer que si elles sont indispensables pour user de la servitude principale (nº 249). Ces servitudes, n'étant dues qu'à titre de droit accessoire, s'éteignent si la servitude principale s'éteint; mais elles ne peuvent s'éteindre tant que la servitude principale subsiste (nº 255).

690. Les droits du propriétaire du fonds dominant reçoivent une restriction résultant de la liberté du fonds assujetti. « Celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier » (art. 702). Si le changement n'aggrave pas la situation du fonds assujetti, le propriétaire du fonds dominant peut le faire. L'aggravation est une question de préjudice, donc de fait. Il est de tradition que le préjudice doit être sensible. Cette réserve s'explique par la nature des servitudes. Ce sont des qualités du fonds dominant; or, les fonds ne sont pas immuables; l'intérêt des propriétaires, d'accord avec l'intérêt public, veut que l'exploitation puisse être modifiée; et le changement dans le fonds entraîne le plus souvent un changement dans la servitude. De là pourra résulter une aggravation de la charge; si elle est de telle nature que les parties devaient s'y attendre, elle est prévue et par suite consentie d'avance (nº 263). Ainsi, il n'y aura pas d'aggravation de la servitude de passage si elle est exercée par un plus grand nombre de personnes. L'article 700 le dit, lorsque l'héritage dominant est divisé par suite d'hérédité : les parties devaient prévoir la mort du propriétaire du fonds dominant. Il en est de même si le bâtiment en faveur duquel les passage est établi est agrandi et haussé; le nombre de ceux qui se servent

de la servitude sera augmenté, sans que l'on puisse dire que la servitude est aggravée (n° 264).

§ V. *Obligations et droits du propriétaire de l'héritage servant.*

Sommaire.

691. Quelles sont les obligations du propriétaire de l'héritage servant?
692. Quels sont ses droits? Peut-il demander le déplacement de la servitude?

691. Le propriétaire du fonds servant est tenu à souffrir ou à ne pas faire. Il ne peut rien faire qui tende à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode. L'article 701 donne une application du principe, en ajoutant : « Ainsi il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. » Il ne faut pas induire de là que tout changement dans l'état des lieux est prohibé, alors même qu'il n'en résulterait aucun préjudice pour le propriétaire du fonds dominant. On doit appliquer à la diminution de la servitude résultant des innovations du propriétaire de l'héritage assujetti ce que nous venons de dire, de l'aggravation de la servitude résultant des travaux faits par le maître du fonds dominant. La condition des parties doit être égale et les raisons de décider sont les mêmes (n° 267). La question de savoir si le changement cause un préjudice est une question de fait, et doit être décidée eu égard aux circonstances de la cause. Il suffit que l'usage de la servitude soit moins commode, d'après le texte de la loi, pour que le propriétaire du fonds dominant ait le droit de se plaindre. Les servitudes sont souvent établies pour cause de commodité et même d'agrément; il faut tenir compte de cette considération. Ainsi le propriétaire du fonds grevé d'une servitude de passage ne pourrait pas cultiver l'endroit par lequel le passage s'exerce; ce doit être un sentier ou un chemin, ce qui exclut toute culture (n° 268).

692. Le maître du fonds qui doit la servitude reste propriétaire; il peut donc user de son droit de propriété, avec cette restriction que, son droit étant démembré, il ne peut rien faire qui soit contraire au droit du propriétaire de l'héritage dominant; il peut jouir de son fonds, le cultiver, quand même il serait grevé

d'un droit de passage, à charge de laisser au passage la hauteur et la largeur nécessaires pour le plein exercice de la servitude. Il peut aussi user de son droit d'exclusion, en empêchant le propriétaire du fonds dominant de pratiquer des vues sur le chemin qui sert de passage (n° 272).

Le propriétaire du fonds assujetti peut-il demander le déplacement de la servitude? L'article 701 commence par dire qu'il ne peut pas changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée ; puis il ajoute une restriction à cette règle. Si l'assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait de faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser. Cette disposition prouve que l'exercice des servitudes n'a rien d'absolu, qu'il peut être modifié par des considérations d'équité. Les servitudes diffèrent en cela des obligations, celles-ci tiennent lieu de loi à ceux qui les ont consenties; le juge ne peut pas les modifier au nom de l'équité. Pourquoi la loi permet-elle aux parties intéressées de modifier leurs conventions quand il s'agit de servitudes? Car le droit qu'elle donne au propriétaire du fonds servant, on doit l'accorder, par identité de raison, au propriétaire du fonds dominant. Les servitudes diminuent l'utilité du fonds servant, pour augmenter celle du fonds dominant; ces restrictions ont donc pour objet la meilleure exploitation des propriétés, en ce sens elles sont d'intérêt général. Il suit de là qu'elles ne doivent pas compromettre l'intérêt public en entravant l'amélioration de la culture ou le perfectionnement des constructions, ce qui intéresse l'industrie. Voilà pourquoi la loi laisse une certaine latitude aux parties et aux juges, pour concilier l'intérêt des particuliers avec l'intérêt public (n° 275).

§ VI. *Effet de la division du fonds dominant et du fonds servant.*

Sommaire.

693. On suppose que le fonds dominant vient à être divisé; la loi décide que la servitude reste due pour chaque portion de l'héritage (art. 700). Les fonds se divisent d'ordinaire quand le propriétaire du fonds dominant vient à mourir, laissant plusieurs héritiers; il peut aussi y avoir division quand le propriétaire vend son héritage par parcelles. Quelle que soit la cause de la division, la servitude reste due pour chaque partie de l'héritage. Pour l'application du principe, il faut distinguer si les diverses parties de l'héritage sont possédées par indivis, ou si elles sont possédées divisément par suite d'un partage. Pendant l'indivision, les copropriétaires jouissent en commun du fonds, et, par conséquent, de la servitude qui est une qualité du fonds. Il n'y a rien de changé quant au droit de servitude, sinon qu'au lieu d'un propriétaire il y en a plusieurs. L'article 700 ajoute : « sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée ». La loi explique comment la servitude peut être exercée par tous les communistes, sans qu'elle soit aggravée : « S'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit. Si le fonds indivis est partagé, chaque portion du fonds aura droit à la servitude, parce que la servitude est due à tout le fonds. Il pourra donc y avoir dix fonds dominants au lieu d'un : n'est-ce pas aggraver la servitude? Non, car les propriétaires de ces fonds devront exercer la servitude comme elle s'exerçait avant la division du fonds. S'agit-il d'une servitude de passage, ils passeront par le même endroit; si l'exercice de la servitude est divisible, par exemple, si elle consiste dans une prise d'eau, chacun des propriétaires l'exercera dans la proportion de son droit héréditaire (n°s 278-281).

694. Le fonds servant peut aussi être divisé : quelle sera l'influence de la division sur la servitude? Pendant l'indivision, il n'y a rien de changé quant à la charge qui grève le fonds, ni quant au droit du maître du fonds dominant; la servitude s'exer-

cera comme elle s'exerçait avant l'indivision. Quand le fonds servant est divisé, toutes les parties du fonds resteront-elles grevées? On doit supposer, pour que la question se présente, que tout le fonds était grevé de la servitude; les diverses parties de ce fonds en resteront chargées, sauf que la condition du fonds ne peut être aggravée : il faut appliquer ici, par analogie, ce que nous venons de dire du fonds dominant (n° 284).

§ VII. *Des actions qui naissent des servitudes.*

Sommaire.

695. Des actions confessoire et négatoire.
696. A qui incombe la preuve?

695. Le code ne parle pas des actions qui naissent des servitudes. Il faut donc remonter à la tradition. Pothier distingue deux actions qui concernent les servitudes, la *confessoire* et la *négatoire :* les termes ainsi que les principes viennent du droit romain. L'action *confessoire* est une action réelle par laquelle le propriétaire du fonds dominant conclut, contre celui qui le trouble dans l'usage de la servitude, à ce que l'héritage soit déclaré sujet à ce droit, et qu'il soit fait défense au défendeur de l'y troubler. L'action *négatoire* est aussi une action réelle que le propriétaire d'un héritage forme contre celui qui s'y attribue sans droit quelque servitude, et conclut à ce que son héritage soit déclaré franc de cette servitude, et qu'il soit fait prohibition au défendeur d'en user. Les deux actions sont réelles, parce qu'elles naissent du droit de propriété ou de servitude, lesquels sont des droits réels. Et comme les servitudes n'existent que sur des immeubles, il faut ajouter que les actions auxquelles elles donnent lieu sont immobilières (n°s 285, 287).

696. La preuve fait naître une question très-controversée. En principe, la preuve incombe au demandeur. Est-ce à dire que celui qui soutient que son fonds est libre doit prouver que le voisin n'a pas droit à la servitude qu'il exerce? A notre avis, la preuve incombe à celui qui prétend avoir droit à une servitude, alors même qu'il serait en possession. Le propriétaire est demandeur : que doit-il prouver? Son droit de propriété; s'il

prouve qu'il est propriétaire, il prouve par cela même qu'il a sur la chose un droit absolu, exclusif, un droit en vertu duquel il peut repousser toute entreprise qu'un voisin fait sur son héritage. Que lui oppose le défendeur? Qu'il possède une servitude. Le propriétaire lui répondra que la possession est un fait; et quand le droit de propriété est établi, ce fait n'est qu'une usurpation, à moins que le possesseur ne prouve que le fait est l'exercice d'un droit. Le possesseur qui prétend avoir un droit oppose une exception au propriétaire; cette exception le constitue demandeur, et l'oblige à en prouver le fondement (nº 288).

§ VIII. *De l'extinction des servitudes.*

Nº 2. DU CAS PRÉVU PAR LES ARTICLES 703 ET 704.

Sommaire.

697. Les servitudes s'éteignent : 1º Dans le cas prévu par les articles 703 et 704.
698. 2º Par la *confusion*.
699. 3º Par le non-usage pendant trente ans.
700. Les servitudes s'éteignent-elles aussi par la prescription acquisitive de dix à vingt ans?
701. Influence de l'indivisibilité sur la prescription.
702. De la prescription du mode des servitudes.

697. « Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user » (art. 703). Cette impossibilité ne se présente guère pour les fonds ruraux. Pour les fonds bâtis, cela peut arriver : si le feu du ciel détruit le fonds servant, le propriétaire du fonds dominant n'a aucune action ; en ce sens, son droit cesse. Il en est de même quand le changement est l'œuvre d'un tiers qui avait le droit de faire ce qu'il a fait. J'ai une prise d'eau sur une source; des fouilles faites dans un fonds supérieur la font tarir; mon droit cesse, parce que je n'ai aucune action. Mais si c'est le propriétaire du fonds servant ou un tiers sans droit qui a fait les changements, j'ai une action contre eux pour qu'ils rétablissent l'état des lieux; dans ce cas, mon droit ne cesse pas, à moins que je ne reste trente ans sans en user; il y aurait alors extinction par le non-usage (nº 290).

L'article 704 dit que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user. Si le changement a

seulement empêché le propriétaire du fonds dominant d'exercer temporairement la servitude, il y a un simple obstacle à l'exercice du droit, mais le droit même n'est pas éteint; du moment que l'obstacle disparaît, le droit reprend son cours; on ne peut pas dire qu'il *revit*, car il n'a jamais cessé d'exister. Il peut y avoir plus qu'un obstacle; l'un des fonds peut être détruit; cette destruction met-elle fin à la servitude? Non; l'article 704 décide qu'elle revit si la maison est reconstruite. C'est une différence remarquable entre les servitudes réelles et les servitudes personnelles : l'usufruit établi sur un bâtiment s'éteint si le bâtiment est détruit, et il ne revit pas quand même le bâtiment serait reconstruit (art. 624). La raison de la différence en est que les servitudes réelles sont favorables, tandis que l'usufruit ne l'est point (art. 291).

Après avoir dit que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, l'article 704 ajoute : « à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit en l'article 707 ». L'article 707, auquel le code renvoie, n'établit pas un mode d'extinction des servitudes; il ne fait que régler l'applicatiou du principe posé par l'article 706, aux termes duquel la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans; en renvoyant à l'article 707, la loi renvoie implicitement à l'article 706. Le sens est donc celui-ci : la servitude ne revit plus si trente ans se sont passés depuis que les choses sont dans un état tel qu'on ne peut pas en user; ce qui revient à dire que la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans. Ainsi interprété, l'article 704 ne fait qu'appliquer le principe du non-usage au cas où l'usage est impossible. On objecte que cela est inadmissible; le propriétaire du fonds dominant ne peut pas, dit-on, perdre son droit parce qu'il n'en use pas, alors qu'il est dans l'impossibilité d'en user, car la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir. Notre réponse se trouve dans le texte de l'article 704, et l'article 665 applique le même principe à la reconstruction du mur mitoyen. Quant au principe que l'on invoque que la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir, le code ne le consacre pas; nous reviendrons sur ce point au titre de la *Prescription* (nos 294 et 295).

N° 1. DE LA CONFUSION.

698. « Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main » (art. 705). La raison en est que le propriétaire ne peut pas avoir de servitude sur sa propre chose. Si l'un des fonds continue à rendre service à l'autre, ce ne sera plus à titre de servitude, ce sera l'exercice du droit de propriété. La confusion n'est pas, à vrai dire, une cause d'extinction d'un droit; elle empêche seulement l'exercice du droit. Quand l'obstacle vient à cesser, et que le droit peut être exercé, il revit, pour mieux dire, il continue à subsister. L'article 694 applique ce principe à la confusion qui éteint la servitude. Le propriétaire des deux fonds vend l'un des fonds; la confusion cesse, la servitude revit, ou, comme dit la loi, elle continue d'exister. Seulement le code exige qu'il y ait un signe apparent de servitude, de sorte que si la servitude est non apparente, elle restera éteinte. Cette distinction est contraire à la rigueur des principes; la loi l'a établie par une considération d'équité. L'acheteur est censé ignorer que le fonds qu'il achète ait été grevé d'une servitude ou ait eu droit à une servitude, et le plus souvent il l'ignorera, puisqu'il n'y a pas de signe apparent; dès lors les parties traitent comme s'il n'y avait point de servitude; leur intention doit l'emporter sur la rigueur des principes (n° 301).

Le code prévoit encore un autre cas dans lequel les servitudes éteintes par confusion renaissent, c'est le cas d'expropriation. Nous y reviendrons, au titre des *Hypothèques* (art. 2077, et loi hyp., art. 105).

N° 3. DU NON-USAGE.

699. « La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans » (art. 706). Ce que la loi appelle non-usage n'est autre chose que la prescription extinctive. Ceux qui ont un droit réel ou personnel doivent l'exercer pendant le délai de trente ans; après ce délai, on peut les repousser par la prescription. Le code applique ce principe aux hypothèques (art. 2180), à l'usufruit (art. 617) et aux servitudes (n° 304). Toutes les servitudes s'étei-

gnent par la prescription ; la distinction que la loi fait, pour l'acquisition des servitudes, entre celles qui sont continues ou discontinues, apparentes ou non apparentes, ne reçoit pas d'application à l'extinction; dès qu'on n'en use pas, elles s'éteignent (n° 306). Il y a cependant une différence entre les servitudes continues et les servitudes discontinues en ce qui concerne le commencement de la prescription (art. 707). Lorsque la servitude est discontinue, les trente ans commencent à courir du jour où l'on a cessé d'en jouir; ces servitudes ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ; du moment que l'homme n'intervient pas pour en user, il y a non-usage, et par conséquent la prescription par le non-usage doit commencer à courir (n° 307). Quand la servitude est continue, les trente ans commencent à courir du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude. Ces servitudes s'exercent sans le fait actuel de l'homme, d'elles-mêmes, aussi longtemps que les lieux restent dans l'état d'où résulte la servitude ; ainsi le droit de vue s'exerce tant qu'il existe une fenêtre ; si la servitude consiste à ne pas faire, par exemple, à ne pas bâtir, elle s'exerce encore d'elle-même, par cela seul que le propriétaire du fonds servant ne bâtit point, on ne fait pas ce qui lui est interdit de faire. Il faut, dans ce cas, un *acte* contraire à la servitude pour que l'usage en cesse ; il y a un acte contraire à la servitude de ne pas bâtir quand le propriétaire du fonds servant bâtit. Dès ce moment il y a non-usage, et la prescription commence à courir (n° 308).

700. Le non-usage doit durer pendant trente ans ; c'est la prescription extinctive de l'article 2262. Les servitudes s'éteignent-elles aussi par la prescription acquisitive de dix à vingt ans? J'achète un immeuble de celui qui en est le propriétaire ; il est grevé d'une servitude dont j'ignore l'existence ; je possède le fonds comme libre de toute charge pendant dix à vingt ans : aurai-je usucapé la liberté de l'héritage? J'acquiers un immeuble de celui qui n'en est pas le propriétaire, avec juste titre et bonne foi ; il est grevé d'une servitude que j'ignore : la servitude sera-t-elle éteinte si je possède pendant dix à vingt ans? Oui, à notre avis. En théorie, il n'y a aucun doute : on prescrit ce que l'on possède ; or, je possède un immeuble libre de toute servitude, je l'acquiers donc en toute propriété. Est-ce là la théorie du code?

Oui, car l'article 2180 admet la prescription extinctive par l'usucapion de dix ou vingt ans des hypothèques; cela nous paraît décisif. Il y a cependant des objections sérieuses; nous y avons répondu dans notre cours de *Principes* (n° 314).

701. L'indivisibilité a une influence sur la prescription. Les servitudes sont indivisibles, en ce sens qu'elles ne peuvent s'acquérir ni se perdre pour partie, et en ce sens qu'elles sont dues à chaque partie de l'héritage dominant, et qu'elles grèvent chaque partie de l'héritage servant.

Si le fonds dominant appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous (art. 709). La raison en est que la servitude appartient au fonds, et qu'elle a été exercée au nom du fonds et pour le tout par un des copropriétaires qui a un droit indivis sur tout l'héritage (n° 320). De là suit que si parmi les copropriétaires du fonds dominant il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé les droits de tous les autres (art. 710). Il est de principe qu'en cette matière le mineur relève le majeur; le mineur est censé jouir par cela seul qu'il est à l'abri de la prescription; à raison de son incapacité, il conserve le droit que son incapacité empêche de périr; or, comme copropriétaire par indivis, il a un droit à toute la servitude, donc il la conserve tout entière (n° 321).

Les articles 709 et 710 supposent qu'il y a indivision. Après le partage du fonds dominant, il y a autant de servitudes qu'il y a de parties divisées; chacune de ces servitudes se conservera et s'éteindra d'après le droit commun, sans que l'un des propriétaires puisse invoquer la jouissance ni la minorité d'un autre propriétaire (n° 324).

702. « Le mode de servitude peut se prescrire comme la servitude même et de la même manière » (art. 708). Cette disposition, placée dans la section de l'Extinction des servitudes, s'applique d'abord au cas où une servitude est restreinte par la prescription extinctive. Il n'en était pas ainsi en droit romain : on conservait toute la servitude quand même on n'usait pas de tout le droit. Celui qui avait usé d'un chemin plus étroit que ne le portait le titre conservait néanmoins toute la servitude. Pothier reproduit cette doctrine, tandis que Domat s'en écarte, tout en citant

une loi romaine : il enseigne que la servitude est réduite par la prescription à ce qui en est conservé par la possession pendant le temps requis pour prescrire. Les auteurs du code ont suivi Domat, on ne sait pourquoi. La doctrine romaine est plus juridique; on n'acquiert pas les servitudes par partie, et logiquement on ne devrait pas les perdre par partie (n° 326).

Le principe de l'article 708 reçoit aussi son application à la prescription acquisitive. J'use pendant trente ans d'un mode plus avantageux que celui que le titre m'accorde : l'aurai-je acquis par prescription? Oui, s'il s'agit d'une servitude qui peut s'acquérir par prescription. Non, si la servitude ne s'acquiert pas par la possession. J'ai une servitude de vue, avec le droit d'ouvrir deux fenêtres; si j'en ouvre trois et que je possède la servitude ainsi augmentée pendant trente ans, j'aurai acquis par prescription ce mode plus avantageux : c'est l'application du principe que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de trente ans. Mais si j'ai une servitude de passage à pied et que je passe pendant trente ans à cheval ou en voiture, je n'aurai pas acquis par la prescription ce mode plus avantageux dont j'ai usé, parce que la servitude de passage ne s'acquiert pas par la prescription; or, le mode fait partie de la servitude, et les raisons qui ont fait rejeter la prescription pour les servitudes discontinues s'appliquent aussi au mode de les exercer : l'usage plus avantageux de mon droit peut être dû à la tolérance, et la tolérance ne fonde pas de prescription (n° 325).

N° 4. DES CAUSES D'EXTINCTION NON PRÉVUES PAR LE CODE CIVIL

Sommaire.

703. Les servitudes s'éteignent encore par des causes qui découlent du droit commun et que les auteurs du code n'ont pas jugé nécessaire de consacrer.

Les servitudes sont perpétuelles de leur nature, mais non de leur essence; elles peuvent donc être stipulées à temps, et par suite elles s'éteignent par l'expiration de ce temps (n° 333).

Les servitudes, de même que la propriété, peuvent être révo-

cables, résolubles, annulables. On applique aux servitudes ce que nous avons dit de la propriété et de l'usufruit (n° 334) (1).

Ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit résoluble ou rescindable ne peuvent consentir qu'une servitude sujette à résolution ou à rescision. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de l'*Usufruit* (n° 335).

Le propriétaire de l'héritage dominant peut renoncer à la servitude établie au profit de son fonds. On suit les principes que nous exposons aux titres de l'*Usufruit* et des *Hypothèques* (n° 336).

(1) Voyez, ci-dessus, nos 525, 526.

APPENDICE AU LIVRE II.

DE L'EMPHYTÉOSE ET DE LA SUPERFICIE.

Sommaire.

704. Le code ne traite pas de l'emphytéose et de la superficie. Cette lacune a été comblée par la loi du 10 janvier 1824, que nous analyserons succinctement.

CHAPITRE Ier.

DE L'EMPHYTÉOSE.

§ Ier. *Notions générales.*

Sommaire.

705. « L'emphytéose est un droit réel, qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété » (loi de 1824, art. 1). Dans le langage traditionnel, on qualifie l'emphytéose de *bail emphytéotique*. C'est, en effet, une espèce de bail à long terme, de vingt-sept à quatre-vingt-dix-neuf ans; tandis que la durée ordinaire des baux est de neuf ans, bien qu'ils puissent être faits pour quatre-vingt-dix-neuf ans. Il y a une différence essentielle entre le droit de l'emphytéote et celui du preneur; celui-ci n'a qu'un droit de créance, tandis que l'emphytéose est un droit réel. Pourquoi, à côté du bail ordinaire, qui peut aussi se faire à long terme, le législateur a-t-il

organisé un bail à titre de droit réel? Les anciens jurisconsultes répondent que l'emphytéose a été établie dans l'intérêt de l'agriculture. A vrai dire, l'origine de l'emphytéose remonte à la décadence de l'empire romain, à une époque où les terres étaient désertées par les propriétaires, et où l'on ne trouvait plus de fermiers; on essaya d'attirer des cultivateurs en leur donnant un droit dans la chose. Au moyen âge, les baux emphytéotiques prirent un caractère féodal, analogue à celui du bail à cens qui partageait la propriété du fonds, en laissant au seigneur le domaine de souveraineté, et en attribuant au concessionnaire les droits utiles, moyennant une redevance. Dans notre état social, l'emphytéose n'a plus l'utilité qu'elle pouvait avoir dans une société décrépite; et il ne peut plus être question d'une propriété ayant les caractères de la féodalité. Voilà pourquoi on ne fait plus guère de bail emphytéotique : le bail à ferme suffit aux besoins de l'agriculture (n[os] 341 et 342).

706. L'emphytéose a changé de caractère. C'était jadis un droit perpétuel, qui avait pour objet l'amélioration des terres; aujourd'hui le droit est temporaire, et la loi ne parle plus d'améliorations que pour dire que l'emphytéote a le droit d'améliorer. Le nom d'emphytéose ne répond donc plus à la chose qu'il exprime; le mot grec d'où dérive le terme d'emphytéose implique l'obligation pour l'emphytéote d'améliorer le fonds par des plantations et des constructions ou d'autres travaux. Cette obligation n'existe plus (n° 346).

Il ne reste que deux caractères de l'ancienne emphytéose. L'emphytéote doit payer une redevance annuelle : la loi dit que c'est en reconnaissance du droit de propriété de celui à qui l'héritage appartient. Cette redevance portait autrefois le nom de *canon;* elle était très-modique, puisque l'on donnait ordinairement à emphytéose des terres stériles; le canon ne représentait pas la jouissance de l'emphytéote, c'était plutôt une reconnaissance du droit de propriété qui restait au bailleur. Or la loi belge ne suppose plus que des terres infertiles soient données à emphytéose, puisqu'elle n'impose pas à l'emphytéote l'obligation d'améliorer; dès lors la redevance emphytéotique n'est autre chose qu'un fermage (n° 317).

Le second caractère de l'emphytéose, le seul qui soit essentiel,

dans notre droit, c'est qu'elle donne à l'emphytéote un droit réel à l'héritage. Ce droit réel ne diffère pas des autres droits réels; c'est un démembrement de la propriété, et comme il s'exerce dans un immeuble, le droit est immobilier, d'où suit qu'il doit être transcrit pour qu'on puisse l'opposer aux tiers (n°s 348-352). Il en résulte encore que le droit d'emphytéose peut être hypothéqué; notre loi hypothécaire le dit (art. 45). C'est la réalité du droit d'emphytéose qui le distingue du bail, lequel ne donne au preneur qu'un droit de créance, sauf l'exception établie par l'article 1743, que nous expliquerons au titre du *Louage* (n° 354). L'emphytéose est un démembrement de la propriété, tandis que le bail la laisse entière (n° 360).

707. Qui peut établir une emphytéose? L'emphytéose étant un démembrement de la propriété, il faut appliquer le principe qui régit toute constitution de droits réels immobiliers : celui qui donne un bien à emphytéose doit être propriétaire et être capable d'aliéner. C'est une différence notable entre le bail emphytéotique et le bail ordinaire; le louage n'est qu'un simple acte d'administration, que le preneur lui-même peut faire (n° 362).

Dans l'ancien droit, l'emphytéose pouvait être établie à perpétuité; elle était perpétuelle en général, ce qui s'explique par le but du contrat, qui avait pour objet l'amélioration des terres. D'après notre loi, tout immeuble peut être donné à emphytéose, mais seulement à temps; les lois de la révolution ont aboli toute concession perpétuelle. La loi de 1824 fixe un maximum de durée de quatre-vingt-dix-neuf ans et un minimum de vingt-sept; il n'est pas permis aux parties de déroger à cette disposition (n° 367).

§ II. *Droits de l'emphytéote.*

Sommaire.

708. « L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds; mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur » (art. 3). Il n'a donc pas le pouvoir illimité sur la chose qui appartient au propriétaire, et qui lui permet d'abuser. C'est dire

qu'il n'est pas propriétaire, il n'a qu'un démembrement de la propriété; la propriété appartient au bailleur, et la loi dit que l'emphytéote paye une redevance pour reconnaître ce droit. Mais l'emphytéote est propriétaire de son droit d'emphytéose, comme l'usufruitier de son droit d'usufruit. C'est en ce sens que la loi de 1824 dit qu'il a la faculté d'aliéner *son droit;* il ne peut pas aliéner le fonds emphytéotique, puisque ce fonds est dans le domaine du bailleur (n°s 370 et 371). D'après les lois romaines, le droit d'aliéner était soumis à plusieurs restrictions, qui n'existent plus : l'article 12 de notre loi porte « qu'il n'est dû aucune redevance extraordinaire à chaque mutation de l'emphytéose, ni lors du partage d'une communauté » (n° 372).

L'emphytéote peut hypothéquer son droit d'emphytéose (loi hyp., art. 45); il n'a pas le droit d'hypothéquer le fonds emphytéotique; ce droit n'appartient qu'au propriétaire (n° 374).

La loi de 1824 (art. 6) déroge à ces principes en permettant à l'emphytéote de grever le fonds emphytéotique de servitudes pour la durée de sa jouissance. Pour permettre à l'usufruitier de consentir des servitudes, on a dû imaginer des quasi-servitudes. C'est une fiction que le code civil ignore; la loi belge consacre cette fiction pour l'emphytéose (n° 375).

709. La loi de 1824 dit que l'emphytéote a la *pleine jouissance* de l'immeuble, qu'il peut exercer tous les droits attachés à la propriété du fonds, mais qu'il ne peut rien faire qui en diminue la valeur (art. 1-3). Si la loi dit que la jouissance de l'emphytéote est *pleine,* c'est en le comparant à l'usufruitier qui doit jouir comme le propriétaire. Mais sa jouissance n'est pas pleine comme celle du propriétaire; celui-ci peut abuser, tandis que l'emphytéote ne peut rien faire qui diminue la valeur du fonds (n° 377). Par application de ce principe, la loi dit qu'il ne peut extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile et autres matières semblables faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait été commencée à l'ouverture de son droit. Ici la loi suit le principe de l'usufruit. L'emphytéote jouit d'un immeuble appartenant à autrui, son droit est temporaire, il doit restituer la chose dont il jouit; il faut donc qu'il la conserve, de manière que le propriétaire recouvre une jouissance aussi profitable que celle qu'il a remise à l'emphytéote (n° 378).

L'emphytéote peut-il changer la superficie? Dans l'ancien droit, la question était controversée; la loi belge dit qu'il peut *améliorer* l'héritage par des constructions, des défrichements, des plantations (art. 3). Le principe est donc qu'il peut changer la superficie, si le changement constitue une amélioration; tandis que l'usufruitier ne peut pas toujours innover, même en améliorant (n° 379).

La loi ajoute que l'emphytéote ne peut pas forcer le propriétaire du fonds à payer la valeur de ses travaux (art. 8); elle lui permet de les enlever, en remettant les lieux dans leur état primitif. Si le bail oblige l'emphytéote à bâtir et à planter, comme c'était jadis l'usage, il va sans dire qu'il ne pourra pas enlever les constructions et les plantations (art. 7), ni réclamer une indemnité, puisqu'il n'a fait que ce qu'il était obligé de faire (n° 381).

La loi belge ne s'explique pas sur la jouissance des bois; elle dit seulement que l'emphytéote a droit aux arbres morts ou abattus par accident, à la charge de les remplacer par d'autres (art. 4), et qu'il pourra disposer des plantations qu'il a faites, ce qui allait de soi. Dans le silence de la loi, il faut dire que l'emphytéote a des droits plus étendus que l'usufruitier; il pourra défricher, si le défrichement constitue une amélioration; il peut même faire des coupes de bois de haute futaie, pourvu que le bois se reproduise avant l'extinction de l'emphytéose (n° 380).

§ III. *Obligations de l'emphytéote.*

Sommaire.

710. L'emphytéote doit payer une redevance annuelle au bailleur; on l'appelait jadis *canon*, et on enseignait que le canon était de l'essence du contrat emphytéotique. Notre loi ne s'explique pas sur la nature de ce contrat; elle ne le qualifie ni de bail ni de vente : on peut dire qu'il tient de ces deux contrats, ce qui implique la condition d'un prix. La loi belge consacre la doctrine de l'ancien droit français en disposant que la redevance est payée au bailleur en reconnaissance de son droit de propriété. De là suit

que l'obligation d'acquitter la redevance est indivisible ; en lui-même le canon est divisible, puisqu'il consiste en argent ou en denrées ; mais dans l'intention des parties contractantes, il est indivisible, puisqu'il est payé en reconnaissance du droit de propriété, ce qui est une chose indivisible. La loi belge en conclut que chaque partie du fonds demeure grevée de la totalité de la redevance, ce qui veut dire qu'en cas de division du fonds l'obligation du payement de la redevance ne se divise point ; chaque détenteur d'une partie du fonds peut être forcé à payer tout le canon (n° 383).

Si l'emphytéote ne paye pas le canon, le bailleur a l'action en résolution, sur laquelle nous reviendrons ; il peut aussi poursuivre le payement forcé par voie d'exécution parée (art. 10), bien entendu s'il a un acte authentique (n° 384). L'emphytéote n'a, en principe, droit à aucune remise de la redevance, soit pour diminution, soit pour privation entière de jouissance (art. 11). C'est une disposition traditionnelle et qui ne s'explique que par le caractère qu'avait l'emphytéose, dans l'ancien droit. On considérait le canon comme une reconnaissance de la seigneurie directe ; donc il devait être payé aussi longtemps que l'emphytéose durait et quels que fussent les cas fortuits qui frappaient l'emphytéote. Toutefois par un motif d'équité, la loi belge ajoute que si la privation totale de jouissance a duré pendant cinq années consécutives, remise sera due pour le temps de la privation (n° 385).

711. « L'emphytéote est obligé d'entretenir l'immeuble donné en emphytéose, et d'y faire les réparations ordinaires » (art. 5). Qu'entend-on par réparations *ordinaires ?* La loi ne le dit pas ; il faut donc s'en rapporter à l'appréciation du juge (n° 388)

712. « L'emphytéote supporte toutes les impositions établies sur le fonds, soit ordinaires, soit extraordinaires, soit annuelles, soit à payer en une fois » (art. 9). La loi donnant à l'emphytéote tous les droits attachés à la propriété du fonds, il était naturel de mettre à sa charge toutes les contributions. Mais par application du même principe, la loi aurait dû lui imposer aussi toutes les réparations. Il y a là une véritable anomalie (n° 389).

§ IV. *Extinction de l'emphytéose.*

Sommaire.

713. De la condition résolutoire tacite et du pacte commissoire.
714. L'emphytéote a-t-il la faculté de déguerpir?
715. De la déchéance pour cause d'abus de jouissance.
716. Perte de la chose.
717. Expiration du temps.
718. Des autres causes d'extinction.

713. D'après le droit romain, l'emphytéote était déchu de plein droit s'il cessait de payer le canon pendant trois ans ; c'est ce qu'on appelait la *commise emphytéotique*. La commise n'était pas reçue dans l'ancien droit français, et la loi belge n'en parle pas ; les parties restent donc sous l'empire du droit commun. Le contrat emphytéotique étant bilatéral, la condition résolutoire y est sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à ses engagements (art. 1184). Les parties peuvent aussi stipuler la résolution, c'est ce qu'on appelle le pacte commissoire. Quels sont les effets de ce pacte, ainsi que de la condition résolutoire tacite? C'est ce que nous expliquerons au titre des *Obligations*. Les principes généraux s'appliquent à l'emphytéose, puisque la loi de 1824 n'y déroge pas (n° 397).

714. Dans l'ancien droit, on admettait généralement que l'emphytéote pouvait abandonner le fonds pour se décharger de ses obligations. C'est ce qu'on appelait *déguerpissement*. La faculté de déguerpir n'existe plus en droit moderne. L'emphytéose naît d'un contrat; l'emphytéote contractant une obligation personnelle, il ne peut s'y soustraire par sa seule volonté, en abandonnant le fonds (n° 399).

715. « L'emphytéote pourra être déclaré déchu de son droit pour cause de dégradations notables de l'immeuble et d'abus graves de jouissance, sans préjudice des dommages-intérêts » (art. 15). Il est de l'essence de l'emphytéose que l'emphytéote doit jouir en bon père de famille, en ce sens au moins qu'il ne peut pas détériorer le fonds ; s'il le détériore, il manque à ses engagements , dès lors le propriétaire peut demander la résolution du contrat, en vertu du principe de l'article 1184. Quant aux

dommages-intérêts, ils sont de droit, s'il y a dommage causé par faute. La loi veut que la dégradation soit *notable* et que l'abus soit *grave*. C'est une disposition d'équité. La loi montre une indulgence extrême à l'emphytéote, ce qui s'explique par l'origine de l'emphytéose; on voulait attirer des cultivateurs qui manquaient; il fallait donc se relâcher de la sévérité du droit strict. C'est par suite de cette même indulgence que l'article 16 ajoute : « L'emphytéote pourra empêcher la déchéance, en rétablissant les choses dans leur ancien état et en donnant des garanties pour l'avenir » (n° 400).

716. L'emphytéose s'éteint par la destruction du fonds (art. 5 et loi sur le droit de superficie, art. 9). Il n'y a pas de droit réel sans objet. Le droit du propriétaire périt par la même raison; il ne peut plus exiger le canon, puisque la redevance n'a plus de cause (n° 403).

717. L'emphytéose cesse de plein droit par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée. C'est le droit commun pour les contrats faits à temps. Y a-t-il réconduction tacite comme en matière de bail? L'article 14 porte : « L'emphytéose éteinte par l'expiration du temps ne se renouvelle pas tacitement, mais elle peut continuer d'exister jusqu'à révocation ». C'est une singulière disposition. A quel titre l'emphytéose existera-t-elle? Ce ne peut être que par un concours tacite de volontés; donc il y a réellement emphytéose tacite (n° 405).

718. La loi de 1824 dit que l'emphytéose s'éteint de la même manière que le droit de superficie (art. 18), et la loi sur la superficie porte (art. 9) : « Le droit de superficie s'éteint, entre autres, par la confusion, la destruction du fonds, la prescription de trente ans. » C'est dire que l'emphytéose s'éteint par les causes qui entraînent l'extinction des droits réels, en général (n° 407).

CHAPITRE II.

DU DROIT DE SUPERFICIE.

---

§ I. *Notions générales.*

Sommaire.

719. « Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui » (loi du 10 janvier 1824, art. 1). Quel est la nature de ce droit réel? Est-ce un droit de propriété? ou est-ce un démembrement de la propriété? En théorie, il n'y a aucun doute; le sol appartenant à autrui, il est impossible que le superficiaire soit propriétaire des constructions et plantations; car le bâtiment et les plantes sont l'accessoire du sol, et par suite le propriétaire du sol est le propriétaire du bâtiment et des plantes. Mais le code civil admet, par dérogation aux principes, que le sol et la superficie peuvent appartenir à des propriétaires différents (art. 553). La loi de 1824 consacre-t-elle cette exception pour le droit du superficiaire? A notre avis, la définition qu'elle donne de la superficie implique la doctrine contraire, qui est celle du droit romain; en effet, la loi reconnaît la propriété du fonds à celui sur le sol duquel les constructions sont élevées; tandis qu'elle dit du superficiaire qu'il a un droit réel, elle ne dit pas qu'il est propriétaire; donc par droit réel elle entend un démembrement de la propriété (nos 409-411).

Ce droit réel porte sur une superficie. On entend par là une construction distincte du sol; le superficiaire en jouit comme si elle lui appartenait. La loi ne dit pas que le superficiaire doit payer une redevance, comme elle le dit de l'emphytéote. La superficie peut être établie à titre gratuit; l'acte de donation

ou le testament constate, dans ce cas, le droit du propriétaire (n° 413).

720. Qui peut constituer le droit de superficie ? Il faut être propriétaire du fonds, et être capable d'aliéner, puisque la superficie est un démembrement de la propriété. Il y a, sous ce rapport, analogie complète entre la superficie et l'emphytéose (n° 415). Le droit de superficie peut être constitué à titre onéreux ou à titre gratuit. En fait, on ne connaît que des droits de superficie établis par bail, vente ou partage. Quand il est constitué par bail, il est difficile de le distinguer du contrat de louage. En droit, la différence est grande ; le superficiaire a un droit réel, tandis que le preneur n'a qu'un droit de créance. Il faut que les parties aient soin de déclarer leur volonté (art. 417). La loi belge établit une différence entre la superficie et le bail, en ce qui concerne la durée : le bail, quoiqu'il puisse se faire pour quatre-vingt-dix-neuf ans, ne dépasse guère, en fait, deux ou trois périodes de neuf ans ; le droit de superficie ne peut être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler. Le droit de superficie étant un droit réel immobilier doit toujours être transcrit, d'après notre loi hypothécaire ; tandis que le bail ne doit être transcrit que lorsqu'il excède neuf ans ou quand il contient quittance d'au moins trois années de loyer (n° 417) (loi hypothécaire, art. 1).

§ II. *Droits et obligations du superficiaire.*

Sommaire.

721. Du droit de disposition.
722. Du droit de jouissance.
723. Des charges qui incombent au superficiaire.

721. Il y analogie complète entre la superficie et l'emphytéose en ce qui concerne le droit de disposition. Le superficiaire peut aliéner le droit de superficie et l'hypothéquer (art. 2) ; la loi lui permet, contrairement aux principes, de grever de servitudes les biens qui font l'objet de son droit. Nous renvoyons à ce qui a été dit de l'emphytéose (n° 420) (1).

(1) Voyez, ci-dessus, n° 708.

722. Le superficiaire a le même droit de jouissance que le propriétaire. Il a même le droit d'abuser, toutefois avec une distinction. Si le superficiaire a payé les constructions et plantations existantes lors de l'ouverture de son droit, ou s'il les a faites à ses frais, il peut démolir les bâtiments et arracher les plantes, à charge de remettre le fonds dans l'état où il se trouvait avant la construction et la plantation (art. 5). Si le superficiaire n'a pas payé les ouvrages existants, dans ce cas il est tenu de les conserver pour les rendre au propriétaire ; il doit donc jouir en bon père de famille, par suite il ne peut être question du droit d'abuser (art. 7) (nº 422).

723. La loi ne parle pas des charges du superficiaire. Il faut appliquer ce que nous avons dit de l'emphytéose (1), à raison de la grande analogie qui existe entre les deux droits (nº 426).

§ III. *De l'extinction du droit.*

Sommaire.

724. Renvoi à l'emphytéose.

724. Le droit de superficie s'éteint par les mêmes causes qui entraînent l'extinction de l'emphytéose. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (2) (nº 430-433).

(1) Voyez, ci-dessus, nº 710.
(2) Voyez, ci-dessus, nºs 712-718.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES.

PRÉFACE.

De l'importance des principes et de la nécessité de réduire l'enseignement du droit à un cours élémentaire.

TITRE III. — DU DOMICILE.

TITRE IV. — DES ABSENTS.

TITRE V. — DU MARIAGE.

TITRE VI. — Du divorce.

TITRE VII. — De la paternité et de la filiation.

TITRE VIII. — DE L'ADOPTION.

TITRE IX. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

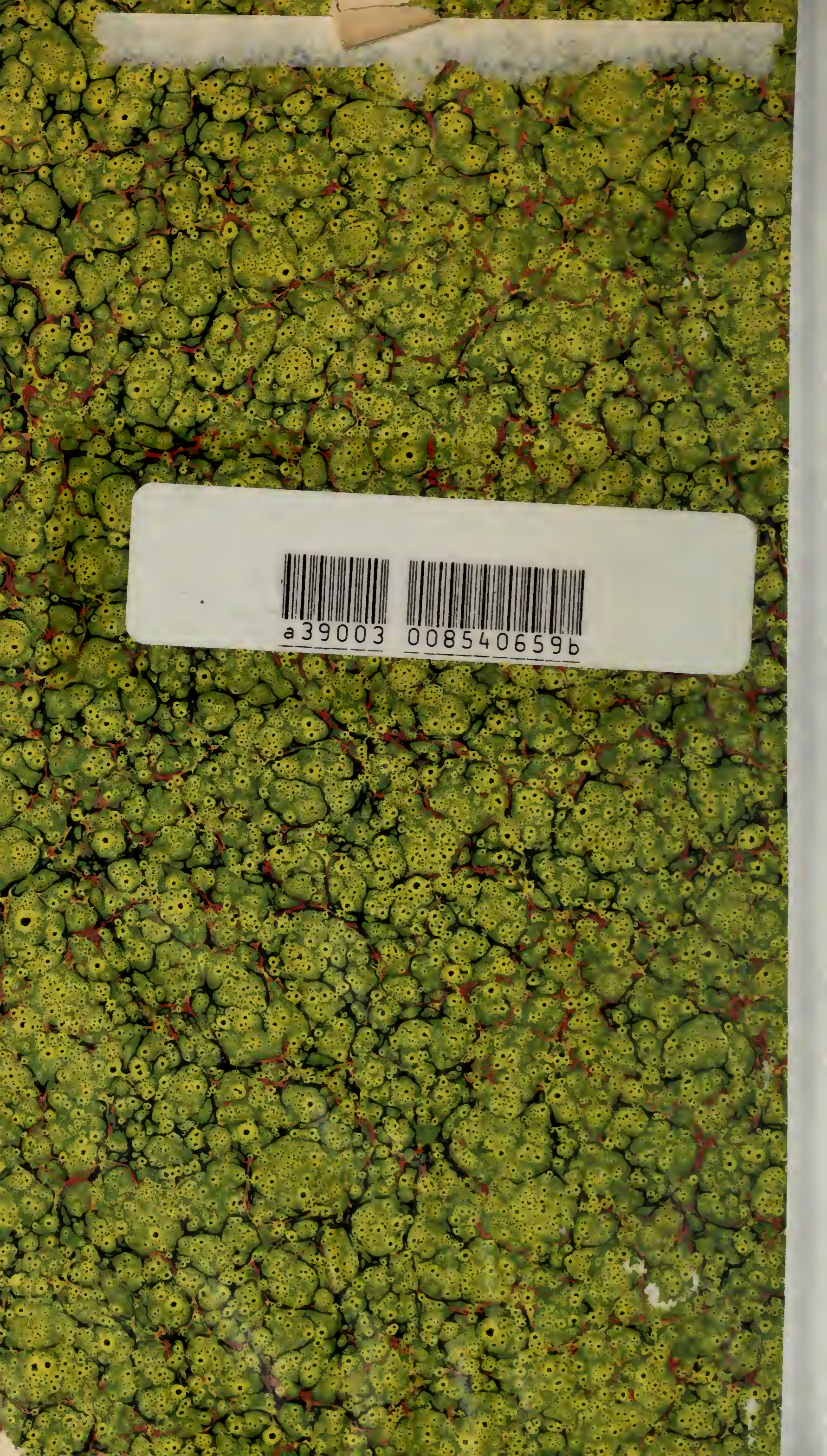
TITRE X. — DE LA TUTELLE.

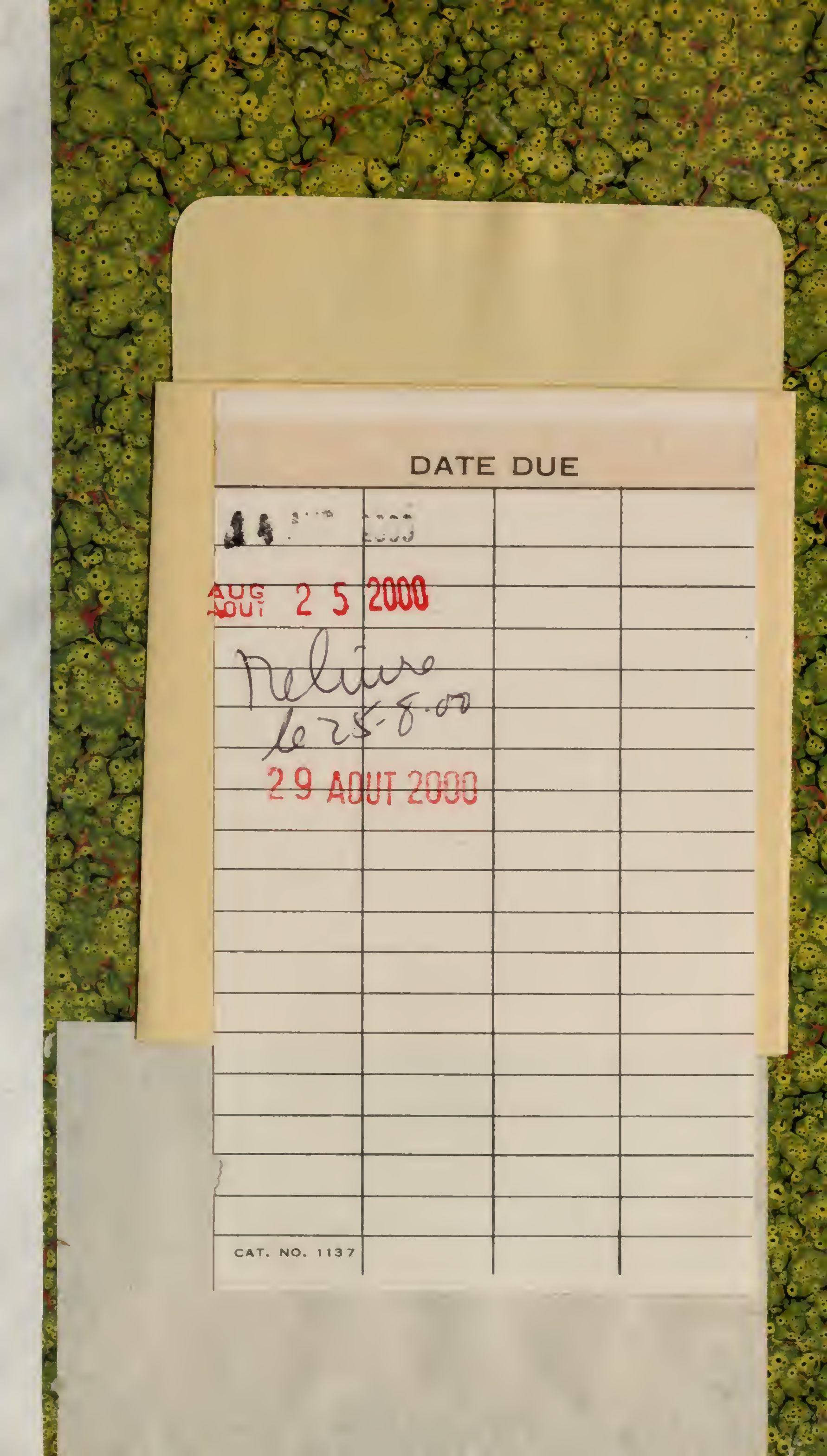
TITRE II. — De la propriété.

TITRE III. — De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation.

TITRE IV. — Des servitudes ou services fonciers

APPENDICE AU LIVRE II. – DE L'EMPHYTÉOSE ET DE LA SUPERFICIE.




DATE DUE
AUG AOUT 2 5 2000
reliure le 25-8-00
29 AOUT 2000
CAT. NO. 1137

